

Materielle und formelle Funktion des Rangs im Grundstückssachenrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Uwe Dettmar
Richter aus Kassel

Marburg 1977

Materielle und formelle Funktion des Rangs im Grundstückssachenrecht

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
des
Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Uwe Dettmar
Richter aus Kassel

Marburg 1977



Als Dissertation von dem Fachbereich
Rechtswissenschaften angenommen am 5. Februar 1977
Berichterstatter: Professor Dr. Leser
Mitberichterstatter: Professor Dr. Dr. Kaufmann
Tag der mündlichen Prüfung: 8. Februar 1977

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Die Notwendigkeit, den Rang von der materiellen und formellen Funktion her zu erklären	1
A. Die praktische Bedeutung des Rangs	1
B. Der Streit über die Rechtsnatur des Rangs in Literatur und Rechtsprechung	2
C. Die Gründe für diesen Streit	7
D. Die Rechtsnatur des Rangs ist nur von der Funktion her zu verstehen	14
<u>1. Teil.</u> Die materielle Funktion des Rangs	16
A. Rang und Kollision der Rechte	16
I. Der Rang regelt die Kollision bei der Ausübung der Rechte	16
II. Der Rang vermeidet nicht von vornherein die Kollision der Rechte, sondern löst lediglich bestehende Kollisionen bei der Ausübung der Rechte	24
1. Scheinargumente für ungleiche Rechte der verschiedenen Gläubiger und damit für die Eigentumssplittertheorie	29
2. Die Vervielfältigung und Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse zwischen Mutter- recht und erstrangigem Tochterrecht	31
3. Die Vervielfältigung und Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse des Erst- und des Zweitrangigen, im Verhältnis zum In- haber des Mutterrechts und zu außenstehenden Dritten	35
4. Weitere Bedenken gegen die Eigentums- splittertheorie	44

III. Der Rang dient nur der Lösung der Kollision zwischen mehreren echten begrenzten dinglichen Rechten	56
1. Kein Rang des Eigentums	57
2. Kein Rang der rechtsähnlichen Erscheinungen	
a. Vormerkung	68
b. Verfügungsbeschränkung	82
c. Widerspruch	91
IV. Erste Folgerungen aus dieser Ordnungsaufgabe des Rangs	98
1. Ein Recht allein hat keinen Rang. Erst zwei und mehr Rechte erhalten automatisch mit ihrer Entstehung bestimmte Ränge	98
2. Der Rang besteht auch bereits vor der Zwangsvollstreckung in das Grundstück	107
3. Der Rang kann nicht ohne dazu gehöriges Recht existieren	108
4. Der besondere dingliche Rang ist begrifflich nicht identisch mit dem Rang der obligatorischen Rechte	113
5. Im Grundstückssachenrecht gibt es begrifflich nur einen Rang, den materiellen Rang der echten begrenzten dinglichen Rechte	117
B. Die Wirkkraft des Rangs in Einzelbeziehungen und als Rückführung auf einen allgemeinen Grundsatz	125
1. Im Verhältnis zum Eigentümer äußert der Rang keinerlei Wirkungen	126

1. Der Rang bildet keine Verfügungs- beschränkung des Eigentümers	126
2. Der Rang begrenzt nicht den Gegenstand der Belastung. Die Wertparzellentheorie ist abzulehnen	129
3. Die Rangordnung ist nicht nach dem System der festen, offenen "Rangstellen" aufge- baut, sondern nach dem System der gleitenden Rangfolge mit automatischem Aufrücken. Be- griffsabgrenzung Rang - Stelle - Rangstelle	136
II. Die Wirkungen des Rangs im Verhältnis der begrenzten Rechte untereinander	150
1. Das Nachrecht ist dem Vorrecht gegenüber nicht relativ unwirksam	150
2. Gesetzlich ausdrücklich angeordnete Einzel- wirkungen des Rangs	153
3. Rückführung der gesetzlichen Einzelwirkun- gen auf das allgemeine Prinzip: Anspruch des Vorberechtigten auf Nichtbeeinträch- tigung in der Ausübung seines Rechts. Der Rang als Ausfluß des Vertrauensgrundsatzes, des Vertrauens des Vorrechtsinhabers auf ungestörte Erhaltung seiner einmal erlang- ten Rechtsstellung	159
4. Dogmatische Erklärung für sämtliche Rang- wirkungen. Durch die dem Vorrecht inne- wohnende dingliche Ausschlußkraft entsteht bei zwei und mehr begrenzten dinglichen Rechten automatisch mit Bestellung des Nach- rechts ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den rangtragenden Rechten bzw. den Rechtsinhabern	168

III. Ergebnis: Die Leitlinie der Rangwirk-	
kraft und ihre einheitliche Herleitung	184

C. Kritische Würdigung der verschiedenen Auffas-	
sungen von der Rechtsnatur, dem Wesen des Rangs	
in Literatur und Rechtsprechung	187

I. Abzulehnende Vorstellungen	188
-------------------------------------	-----

1. Der Rang als irgendwie gearteter	
Bestandteil der Rechte	188
2. Sonstige Fehlvorstellungen. Der Rang als	
Eigenschaft des Rechts; als rein schuld-	
rechtliche Erscheinung; als eigenständiges	
dingliches Recht; als allgemeine - nicht	
auf die dingliche Abwehrkraft beschränkte	
- "kraft Gesetzes eintretende Folge der	
Dinglichkeit"	195

II. Rechtlich wenig ergiebige, aber doch wirt-	
schaftlich brauchbare Ansichten	202

III. Vorstellungen, die im Ansatz richtig sind.	
Der Rang als "besondere Rechtsstellung";	
als "Erzeuger von Rechten"; als Stellung in	
der Befriedigungsfolge; als Verhältnis eines	
begrenzten Sachenrechts zu sämtlichen anderen	
begrenzten dinglichen Rechten am selben Gegen-	
stand	204

<u>2. Teil.</u> Die formelle Funktion des Rangs, dargestellt	
anhand des Beispielsfalls der versehentlichen	
Löschung einer Grundstücksbelastung	210

A. Darstellung der h.M. zum Ausgangsfall. Rangverlust nur relativ über § 892 möglich	211
B. Von der h.M. abweichende Vorstellungen, die Konstruktionen	
I. Langheinekens	215
II. Brachvogels	216
III. Breits	219
C. Neuentwicklung der eigenen Lösung. Automati- scher Rangverlust allein durch die Löschung	227
I. Der N e u eintragung des Rechts ohne be- sonderen Rangvermerk kommt formale Rechts- kraftwirkung für den Rang zu	228
II. Übertragung dieses Grundsatzes von der Neueintragung auf die Löschung	235
III. Kein Ausgleich für den Rangverlierer über einen Kondiktionsanspruch gegen die Rang- begünstigten, aber i.d.R. Staatshaftungs- anspruch nach § 839 i.V.m. Art. 34 GG	255
D. Ergebnis: der formelle äußere Bestand des Grund- buchs ist für die Rangordnung bei Rechten ohne besonderen Rangvermerk schlechthin maßgebend	288

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- | | |
|--------------------------------------|---|
| Achilles - Greiff | Bürgerliches Gesetzbuch unter Ein-
arbeitung des Gleichberechtigungs-
gesetzes vom 18.6.1957, erläutert
von Beitzke u.a., 21. Aufl. Berlin
1958 |
| Achilles - Strecker | Die Preußischen Gesetze über Grund-
eigentum und Hypothekenrecht,
4. Aufl. Berlin 1894
(zitiert: Achilles-Strecker) |
| dies. | Die Grundbuchordnung nebst den
preußischen Ausführungsbestimmungen,
Berlin 1901
(zitiert: Achilles-Strecker,
Grundbuchordnung) |
| Arndt, Ludwig Ritter
v. Arnesberg | Lehrbuch der Pandekten, 9. Aufl.
Stuttgart 1877 |
| Arnheim, Hugo | Grundbuchordnung, 2. Aufl. Berlin
1913 |
| Baron, Julius | Pandekten, 8. Aufl. Leipzig 1893 |
| Baumann, Heinz | Kritische Beiträge zur Frage der
Nachhypotheken bei Wohnhäusern,
Diss. Leipzig 1933
(zitiert: Baumann) |
| Baumann, Jürgen | Der Erfolg als causa des Erfolges,
in: JR 1957, 415 f. |
| Baur, Fritz | Lehrbuch des Sachenrechts, 8. Aufl.
München 1975 |
| Becher, Heinrich | Das rechtsrheinisch-bayrische Lan-
descivilrecht und Landescivilprozeß-
recht, 1. Band, München 1896 |

- Berger, Hugo Der Rang des Pfandrechts, Auszug
der Diss. Breslau 1921
- Best, G. Das Grundbuchrecht der neuen bürger-
lichen Gesetzgebung für das Deutsche
Reich, Gießen 1896
- Biermann, Johannes Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch,
Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1914
(zitiert: Biermann)
- ders. Bürgerliches Recht, 1. Band, Allge-
meine Lehren und Personenrecht,
Berlin 1908
(zitiert: Biermann, Lehrbuch)
- ders. Widerspruch und Vormerkung nach
deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901
(zitiert: Biermann, Widerspruch)
- Eleier, Josef Der Widerspruch im Grundbuch,
Diss. Erlangen 1929
- Blomeyer, Arwed Studien zur Bedingungslehre, II.
Teil, Über bedingte Verfügungsge-
schäfte, Berlin 1939
- Blomeyer, Karl Eigentümergegrundpfandrecht und Grund-
pfandbestellungsrecht des Eigen-
tümers, in: DRW 1941, 218 ff.
- Bock, Hans Der Rang der Rechte, Teildruck der
Diss. Hamburg 1931
- Boehm Gehört der Rang einer Hypothek zu
dem Inhalt derselben?, in: Recht
1908 Sp. 739 f.
- Boehm, J. Das materielle und formelle Reichs-
grundbuchrecht, Hannover 1898
(zitiert: Boehm)
- Bohn, August Das Grundbuchrecht, 5. Aufl. Baden-
Baden 1960
(zitiert: Bohn)

- Bohn, August Die Hypothek in der täglichen Praxis, Baden-Baden 1931
(zitiert: Bohn, Hypothek)
- ders. Das Hypothekenrecht und die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, Hauptband, 8. Aufl. Baden-Baden 1958
(zitiert: Bohn, Hauptband)
- ders. Das Hypothekenrecht und die Zwangsvollstreckung in Grundstücke, Vorband, 5. Aufl. Baden-Baden 1960
(zitiert: Bohn, Vorband)
- Bolik, Hermann Die nachträgliche Änderung des Rangverhältnisses zwischen Hypotheken nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Erlangen 1907
- de Boor, Hans Otto Die Kollision von Forderungsrechten, Berlin-Wien 1928
(zitiert: de Boor, Kollision)
- ders. Bürgerliches Recht, Band I, 2. Aufl. Wiesbaden 1954
(zitiert: de Boor)
- Brachvogel Die angebliche Rangänderung des § 892 BGB und des § 20 des Aufwertungsgesetzes, in: Gruchot 69, 46 ff.
- ders. Zur Frage der Erlösverteilung in den Fällen der §§ 892 BGB und 20 des AufwG, in: Gruchot 70, 465 ff.
- Brachvogel-Frydrychowicz Handbuch des Grundbuchrechts, Berlin 1901
- Brand-Baur Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungssachen in der gerichtlichen Praxis, Berlin 1930

- Brand-Schnitzler Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 9. Aufl. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1957
- Breit, Max Der Grundbuchrang und seine Probleme, Berlin 1928
(zitiert: Breit)
- ders. Grundbuchrangmathematik und Zwangsversteigerung, in: JR 1929, 101 ff.
- Brinz, Alois Lehrbuch der Pandekten, 2. Band, 2. Aufl. Erlangen 1879
- Bruck, Ernst Die Eigentümerhypothek, Jena 1903
- Burchard - de Boor Bürgerliches Recht, Berlin-Wien 1930
- v. Caemmerer, Ernst Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Festschrift für Ernst Rabel, Band I, Tübingen 1954, S. 333 ff.
- Cosack, Konrad Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Sachenrecht - Das Recht der Wertpapiere - Das Gemeinschaftsrecht - Das Recht der juristischen Personen - Das Familienrecht - Das Erbrecht, 6. Aufl. Jena 1913
- Crome, Carl System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, Einleitung und Allgemeiner Teil, Tübingen und Leipzig 1900
(zitiert: Crome I)
3. Band, Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905
(zitiert: Crome)
- Dannenbaum, Fritz Deutsche Hypothekenbanken, 2. Aufl. Berlin 1928

Dassler-Schiffhauer	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, Kommentar, 10. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968
Denkschrift	Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896
Dernburg, Heinrich	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 1. Band, 5. Aufl. Halle 1894 (zitiert: Dernburg, Lehrbuch)
ders.	Die allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechtes des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Aufl. Halle 1902 (zitiert: Dernburg, Allgemeine Lehren)
ders.	Pandekten, 1. Band, 3. Aufl. Berlin 1892 (zitiert: Dernburg, Pandekten)
ders.	Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts, 2. Band, Leipzig 1864 (zitiert: Dernburg, Pfandrecht)
ders.	Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens, 4. Aufl. Halle 1908 (zitiert: Dernburg)
Dernburg-Hinrichs	Das Preußische Hypothekenrecht, 1. und 2. Abteilung, Leipzig 1877 und 1891
Dernburg-Sokolowski	System des Römischen Rechts, 1. Teil, 8. Aufl. Berlin 1911
Dittmer, Wilhelm G.	Sachenrecht, Wiesbaden 1970
Dulckeit, Gerhard	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951

- Enneccerus-Nipperdey Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Band I: Allgemeiner Teil von Ludwig
Enneccerus, 15. Aufl. von Hans Carl
Nipperdey, 1. Halbband, Tübingen 1959
(zitiert: Enneccerus-Nipperdey I)
2. Halbband, Tübingen 1960
(zitiert: Enneccerus-Nipperdey II)
- Enss, Helmut Die Rechtsfolgen der Eintragung einer
nach dem Rang oder der Art von der
Einigung abweichenden Hypothek, Diss.
Erlangen 1933
- Entwurf Entwurf eines bürgerlichen Gesetz-
buches für das Königreich Bayern,
3. Teil, Besitz und Rechte an Sachen,
München 1864
(zitiert: Entwurf Bayern)
- Entwurf Entwurf eines bürgerlichen Gesetz-
buches für das Deutsche Reich, Erste
Lesung, Amtliche Ausgabe, Berlin und
Leipzig 1888
(zitiert: E I)
- Entwurf Entwurf einer Grundbuchordnung und
Entwurf eines Gesetzes betreffend
die Zwangsvollstreckung in das unbe-
wegliche Vermögen. Nebst Motiven.
Amtliche Ausgabe Berlin 1889
(zitiert: Entwurf GBO)
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, herausgegeben von Walter Erman,
Harm Peter Westermann und Klaus
Küchenhoff, bearbeitet von Karl
Arndt u.a., 1. und 2. Band, 6. Aufl.
Münster 1975
(zitiert: Erman-Bearbeiter)
- Esser, Josef Schuldrecht, Band II, Besonderer
Teil, 4. Aufl. Karlsruhe 1971

Exner, Adolf	Das Österreichische Hypothekenrecht, Leipzig 1876
Falkmann - Hubernagel	Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, III. Aufl. Berlin 1937 - 1939
Fikentscher, Wolfgang	Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin - New York 1973
Fischer, Otto	Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Berlin 1887
Fischer-Henle-Titze	Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 14. Aufl. München 1932
Fischer-Schäfer	Die Gesetzgebung, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen im Reiche und in Preußen, 2. Aufl. Berlin 1910
Foerster, Reinhart	Handbuch des formellen Grundbuchsrechts, Berlin 1900
Foerster - Eccius	Preußisches Privatrecht, III. Band, 6. Aufl. Berlin 1892
Frank, Otto Rudolf	Rechtswirkungen der Einigung ohne Eintragung und der Eintragung ohne Einigung im Gebiete des Immobilien- sachenrechts nach BGB, Diss. Heidelberg 1909
Friedrich, Kurt	Zur Frage, ob Bereicherungsansprüche auf Rangänderung gegeben sind, wenn Grundstücksrechte in unrichtiger Reihenfolge eingetragen werden, in: ZDNotV 1932, 756 ff.
Friedrich, Willy	Der Rang der Rechte im Grundbuch, Diss. Erlangen 1927 (zitiert: Friedrich, Diss.)

- Fuchs Über das gegenseitige Verhältnis mehrerer ihrem Rang nach vortretender oder zurücktretender Grundbuchposten, in: IherJb. 51, 469 ff.
- Fuchs, Eugen Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917
(zitiert: Fuchs, Grundbegriffe)
- ders. Grundbuchrecht, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung, Band I: Materielles Grundbuchrecht, Berlin 1902
(zitiert: Fuchs I)
Band II: Formelles Grundbuchrecht, unter Mitarbeit von Hugo Arnheim, Berlin 1908
(zitiert: Fuchs II)
- Galewski, Paul Wesen und Wirkungen der Rangbefugnis aus § 7 AufwG im Vergleich zum Rangvorbehalt nach bürgerlichem Recht, Diss. Erlangen 1929
- Gantzer, Peter Grundbuchordnung, Berlin/New York 1973
- v. Gerber, C.F. System des Deutschen Privatrechts, 16. Aufl. Jena 1891
- Gerber, Ludwig Die Beseitigung unrichtiger Eintragungen aus dem Grundbuch, ein Beitrag zur Lehre von der Grundbuchberichtigung, Diss. Erlangen 1930
- Gerhardt, Walter Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969
- Gernhuber, Joachim Bürgerliches Recht, Tübingen 1976

- v. Gierke, Julius Bürgerliches Recht, Sachenrecht,
3. Aufl. Berlin/Göttingen/Heidel-
berg 1948
(zitiert: J.v.Gierke, 3. Aufl.)
- ders. Das Sachenrecht des bürgerlichen
Rechts, 4. Aufl. Berlin und
Frankfurt a.M. 1959
(zitiert: J.v.Gierke, 4. Aufl.)
- v. Gierke, Otto Der Entwurf eines bürgerlichen
Gesetzbuchs und das deutsche Recht,
Leipzig 1889
(zitiert: O.v.Gierke, Entwurf)
- ders. Deutsches Privatrecht,
Band I, Allgemeiner Teil und
Personenrecht, Leipzig 1895
(zitiert: O.v.Gierke I)
Band II, Sachenrecht, Leipzig 1905
(zitiert: O.v.Gierke II)
- Gieseke, Paul Der öffentliche Glaube des Grund-
buchs nach § 892 BGB in seiner
Wirkung Grundstücksrechten gegen-
über, Diss. Leipzig 1910
- Glaser, Franz Das Grundbuchwesen, Regensburg 1953
- Goldmann - Lilienthal -
Sternberger Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Band:
Sachenrecht, Berlin 1912
(zitiert: Goldmann-Lilienthal)
- Goldschmidt, Hans Eigentum und Eigentumsteilrechte in
ihrem Verhältnis zur Sozialisierung,
Marburg 1920
- Grüter, Alexander Wirkung und Beseitigung einer zweiten,
das gleiche Recht betreffenden Auf-
lassungsvormerkung, Diss. Erlangen 1935

- Grundbuchordnung Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897. Mit Materialien (der Denkschrift zum Entwurfe und dem Berichte der Kommission), Berlin 1897
(zitiert: GBO - Materialien)
- Grundbuchrecht Kommentar zur Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung, von Joachim Kuntze, Rudolf Ertl, Hans Hermann und Dieter Eickmann, Berlin/New York 1974
(zitiert: Bearbeiter, in: Grundbuchrecht)
- Grunsky, Wolfgang Rangfragen bei dinglichen Rechten, Diss. Tübingen 1963
- Gütthe, Georg Inwieweit ist die Eintragung im Grundbuch für den Rang der dinglichen Rechte maßgebend?, in: JW 1912, 609 ff.
- ders. Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts, Berlin 1914
- Gütthe - Triebel Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, 1. und 2. Band, 6. Aufl. Berlin 1936 und 1937
- Guth, Arnold Das Rangverhältnis zwischen Verfügungsbeschränkung und dinglichem Recht, Diss. Marburg 1939
- Haegele, Karl Handbuch der Rechtspraxis, Band 4, Grundbuchrecht, 5. Aufl. München 1975

- Hahn - Mugdan Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 5. Band, Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, Berlin 1897
- Harder, Erwin Der öffentliche Glaube des Grundbuchs im Aufwertungsrecht, Diss. Hamburg 1930
- Harms, Wolfgang Sachenrecht, Frankfurt a.M. 1974
- Haupt, Hellmuth Das Rangverhältnis der Rechte an Grundstücken nach § 879 BGB, Diss. Leipzig 1927
- Heck, Philipp Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Hedemann, Justus-Wilhelm Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. Berlin 1960
- Heilfron - Pick Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Abteilung: Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1907
- Hein, Gerhard Die Wirkung und die Pfändbarkeit des Rangvorbehaltes im Aufwertungsgesetz, Diss. Leipzig 1928
- Hennig, Kurt Die Bedeutung der Rangvorbehalte nach § 881 des Bürgerlichen Gesetzbuches und nach § 7 des Aufwertungsgesetzes, insbesondere unter Berücksichtigung der Tätigkeit des Grundbuchrichters, Diss. Leipzig 1928
- Henze, Otto Willy Beiträge zur Frage der Auslegung des § 879 Abs. I Satz 1 BGB, Diss. Leipzig 1922

Herfurth	Zur Bekämpfung der Rangverwirrung im Grundbuch, in: DGenWR 1936, 156 f.
Herzfeld, Salomon	Beiträge zur Lehre von der hypothe- karischen Succession, Diss. Breslau 1898
Hesse, William	Der Rang von Verfügungsbeschränkun- gen, in: DFG 1938, 85 ff.
Hesse - Saage - Fischer	Grundbuchordnung, 4. Aufl. Berlin 1957
Hilk, Gustav	Die objektive und subjektive Seite des materiellen Publizitätsprinzips im Liegenschaftsrecht, Diss. Kiel 1932
Hirsch, Hans Christoph	Die Übertragung der Rechtsausübung. Vervielfältigung der Rechte. Erster Teil: Allgemeine Lehren. Die Herlei- tung des Pfandrechts aus seinen Mutterrechten, Berlin 1910
Hirschfeld, Otto	Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstück, Berlin 1914
Hoche, Ulrich	Bereicherungsanspruch bei fehler- hafter Rangeintragung im Grundbuch, in: JuS 1962, 60 ff.
Horber, Ernst	Grundbuchordnung, 13. Aufl. München 1974
Horn, Richard	Die Eigentümerhypothek, Breslau 1906
Jaeckel - Güthe	Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, neubearbeitet von Volkmar und Armstroff, 7. Aufl. Berlin 1937

- Ingenstau, Heinz Kommentar zur Erbbaurechts-Verordnung, von Heinz Ingenstau, fortgeführt von Jürgen Ingenstau, 4. Aufl. Düsseldorf 1972
- Jost, Arthur Die Realobligation als Rechtsinstitut, Bern 1956
- Junghans, Gerhard Berichtigungs- und Bereicherungsansprüche aus Anlaß von § 879 BGB, Diss. Köln 1952
- Kaehler, Christian-Michael Bereicherungsrecht und Vindikation, Bielefeld 1972
- Kehrer-Bühler-Tröster Notar und Grundbuch, Band II, Stuttgart 1972
- Keidel, Fritz Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1931
- Kierulff, J.F. Theorie des Gemeinen Cicilrechts, 1. Band, Altona 1839
- Kindel, Wilhelm Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, in: Festgabe Richard Koch, Berlin 1903
- Kleinbach, Walter Der Grundsatz der formellen Rechtskraft im deutschen Grundbuchrecht, Diss. Tübingen 1946
- Knauer, Albert Verfügungsbeschränkungen im Grundbuchrecht, Diss. Würzburg 1911
- Koch, Adolf Das Wesen des Ranges der im Grundbuch eingetragenen Rechte, Diss. Rostock 1909
(zitiert: Koch, Diss.)

- Koch, C.F. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 8. Aufl.,
1. Band, Berlin und Leipzig 1884
(zitiert: Koch I)
2. Band, Berlin und Leipzig 1886
(zitiert: Koch II)
- Kohler, Josef Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2. Band, Vermögensrecht, 2. Teil:
Sachenrecht, Berlin 1919
- Koppensteiner, Hans Georg Ungerechtfertigte Bereicherung,
- Kramer, Ernst A. Berlin 1975
- Korintenberg-Wenz Gesetz über die Zwangsversteigerung
und Zwangsverwaltung, 6. Aufl.
Köln 1935
- Krawielicki, Robert Grundlagen des Bereicherungsan-
spruchs, Neudruck der Ausgabe
Breslau 1936, Aalen 1964
- Kretzschmar, Ferdinand Einführung in das Grundbuchrecht,
2. Band, Leipzig 1903
(zitiert: Kretzschmar, Einführung)
- ders. Das Sachenrecht des Bürgerlichen
Gesetzbuches, Leipzig 1906
(zitiert: Kretzschmar)
- ders. Die Rechtsverhältnisse bei der Ein-
tragung von Rechten mit einem Range,
der nicht den von den Beteiligten
getroffenen Vereinbarungen ent-
spricht, in: ZBlFG 18, 141 ff.
- Kreuz, Theodor Die Vormerkung, ein dingliches
Recht, Diss. Breslau 1935
- Ksoll, Eberhard Sachenrecht, 5. Aufl. Düsseldorf 1969

Kuhlenbeck, Ludwig	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band, 2. Aufl. Berlin 1903
Labs, Walter	Zweck, Wesen und Wirkungen der Vormerkung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Erlangen 1933
Landsberg, Ernst	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Hälfte, Berlin 1904
Lang, H.	Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, 2. Teil, Ellwangen 1880
Lang, Martin	Vormerkung und Verfügungsbeschränkung, Diss. Jena 1930
Lange, Heinrich	Boden, Ware und Geld, Band II, Bodenrecht, 2. Aufl. Tübingen 1944 (zitiert: Lange, Boden)
ders.	Formale Rechtskraft der Rangbuchung?, in: Gruchot 73, 145 ff.
ders.	Sachenrecht des BGB, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967 (zitiert: Lange)
Langheineken, P.	Zur Feststellung des Mindestgebotes in der Theilungssubhastation, in: SächsArch. 12, 265 ff.
Lehle, Siegfried	Sachenrecht, Tübingen 1948
Lehmann - Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 16. Aufl. Berlin 1966
Leisner, Franz	Untersuchungen über die rechtliche Bedeutung des Prioritätsprinzips im geltenden Zivilrecht, Diss. München 1957

- Leissing, Günther Grundbuchberichtigung, Diss.
Erlangen 1937
- Lent - Schwab Sachenrecht, 15. Aufl. München 1976
- Levi, Ernst Die Wirkungen des Widerspruchs
gegen die Richtigkeit des Grundbuchs,
Diss. Berlin 1933
- Locher, Eugen Die Neugestaltung des Liegenschafts-
rechts, Berlin - Leipzig - Wien 1942
- Löffler, Helmut Grundbuch und Grundbuchrecht,
2. Aufl., Frankfurt a.M. 1973
- Löscher, Wilhelm Grundbuchrecht, Flensburg 1974
- Loewenwarter, Viktor Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, 4. Band, Sachenrecht,
Berlin 1925
- v. Lübtow, Ulrich Schenkungen der Eltern an ihre min-
derjährigen Kinder und der Vorbehalt
dinglicher Rechte, Lahr 1949
- Maenner, Karl Das Sachenrecht nach dem bürgerlichen
Gesetzbuche und der Grundbuchordnung
für das Deutsche Reich, 2. Aufl.
München 1906
- Matthiass, Bernhard Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes,
5. Aufl. Berlin 1910
- v. Mayr, Robert Der Bereicherungsanspruch des deut-
schen bürgerlichen Rechtes, Leipzig
1903
(zitiert: v. Mayr)
- ders. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes,
1. Band Reichenberg 1922
(zitiert: v. Mayr, Lehrbuch)
- Meikel-Imhof-Riedel Grundbuchrecht, Band I, II, III,
6. Aufl. Berlin 1965, 1968, 1970

- Mönckemeyer, Heinz Der Rangvorbehalt (§ 7 Aufwertungs-
gesetz), Diss. Köln 1927
- Mügel, Oskar Das gesamte Aufwertungsrecht,
5. Aufl. Berlin 1927
- Müller, Edmund Die Rangänderung der Hypotheken-
gläubiger, Diss. Heidelberg 1910
(zitiert: Müller, Diss.)
- Müller, Rolf Grundzüge des Grundstücks- und
Hypothekenrechts unter besonderer
Berücksichtigung des Realkredits,
in: Handbuch des Realkredits,
Frankfurt a.M. 1963, S. 559 ff.
- Müller - Meikel Das bürgerliche Recht des Deutschen
Reiches, I. Band, 2. Aufl. München
1904
- Mugdan, B. Die gesamten Materialien zum Bürger-
lichen Gesetzbuch für das Deutsche
Reich, I. Band: Einführungsgesetz
und Allgemeiner Teil und III. Band:
Sachenrecht, Berlin 1899
- Nadler, Max Grundbuch- und Aufwertungsfragen,
3. Aufl. Berlin 1927
- Neukirch, Carl Gesetz über die Aufwertung von
Hypotheken, Halle 1926
- Neumann, Hans Wolfgang Vormerkung, Verfügungsbeschränkung
und Veräußerungsverbot, Diss.
Hamburg 1930
(zitiert: Neumann, Diss.)
- Neumann, Hugo Handausgabe des Bürgerlichen Gesetz-
buchs, Band 1, 5. Aufl. Berlin 1909
- Nikisch, Arthur Bürgerliches Recht. Bodenrecht,
Leipzig 1949

- v. Nordenflycht Zur Frage, ob Bereicherungsansprüche bei Rangänderung gegeben sind, wenn Grundstücksrechte in unrichtiger Reihenfolge eingetragen werden, in: DNotZ 1934, 397 ff.
- Nußbaum, Arthur Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens nebst einer Einführung in das allgemeine Grundbuchrecht, 2. Aufl. Tübingen 1921
- Oberneck, Hermann Das Reichsgrundrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten, insbesondere derjenigen Preußens, Band I und II, 4. Aufl. Berlin 1909
- Oertmann, Paul Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, in: IherJb. 66, 130 ff.
- Othmer, Wilhelm Die rechtliche Wirkung der Vormerkung nach Reichsrecht, Breslau 1902
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl. bearbeitet von Peter Bassenge u.a., München 1977
(zitiert: Palandt - Bearbeiter)
- Philipsen, Kurt Die Vormerkung nach Bürgerlichem Gesetzbuche, Berlin 1903
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Band III: Sachenrecht 1. Hälfte (§§ 854 - 1112), 5. Aufl. bearbeitet von Brodmann und Strecker, Berlin und Leipzig 1933, 2. Hälfte (§§ 1113 - 1296), 5. Aufl. bearbeitet von Brodmann, Strecker und Flad, Berlin 1938
(zitiert: Planck - Bearbeiter)

Platner, Viktor	Sachenrecht, Marburg 1875
Predari, Caesar	"Grundbuch", in: Rechtsvergleichen- des Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Aus- landes, hrsgg. v. Franz Schlegel- berger, 3. Band, Berlin 1931, S. 786 ff.
ders.	Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, 2. Aufl. Berlin 1913 (zitiert: Predari)
ders.	"Rang der dinglichen Rechte, Rang- änderung, Rangvorbehalt", in: Rechts- vergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- u. Handelsrecht des In- und Auslandes, hrsgg. v. Franz Schlegelberger, 5. Band, Berlin 1936, S. 700 ff.
Quassowski, Leo	Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen, 5. Aufl. Mannheim/Berlin/Leipzig 1927
Raape, Leo	Das gesetzliche Veräußerungsverbot, Berlin 1908
Rahn	Die Rangbedeutung des § 879 BGB, in: BWNotZ 1958, 1 ff.
Raiser, Ludwig	Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
Regelsberger, Ferdinand	Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfand- rechte, Erlangen 1859 (zitiert: Regelsberger, Altersvorzug)
ders.	Pandekten, 1. Band. Leipzig 1893 (zitiert: Regelsberger, Pandekten)

- Reichel, Hans Die Umschreibung der Vormerkung,
Leipzig 1905
- Reichsgerichtsräte Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch, herausgegeben von Reichsge-
richtsräten und Bundesrichtern,
1. Lieferung §§ 812 - 822, 12. Aufl.,
Berlin-New York 1974,
III. Band, 1. Teil: Sachenrecht,
§§ 854 - 1011, bearbeitet von Kregel
u.a., 11. Aufl. Berlin 1959
(zitiert: RGRK - Bearbeiter)
- Reinhard, Paul Einfluß der neuen Gesetzgebung auf
die Zwangsversteigerung und Zwangs-
verwaltung, 3. Aufl. Stuttgart 1927
- Reinhard - Müller Das Zwangsversteigerungsgesetz,
3. u. 4. Aufl. Stuttgart 1931
- Reinhard - Müller -
Dassler - Schiffhauer s. Dassler - Schiffhauer
- Rheinen, Fritz Ist die Vormerkung eine Verfügungs-
beschränkung?, Bonn 1929
- Richter, Herbert Der Rang der Hypothek, Diss.
Rostock 1911
(zitiert: Richter, Diss.)
- Richter, Walter Wohnungsbaufinanzierung durch öffent-
lich-rechtliche Pfandbriefinstitute,
Diss. Frankfurt 1931
(zitiert: Walter Richter)
- Ricks, Gerhard Die Grundbuchpraxis, 8. Aufl.
Berlin und Leipzig 1929
- Rohlfing, Theodor "Grundpfand", in: Rechtsvergleichen-
des Handwörterbuch für das Zivil-
und Handelsrecht des In- und Aus-
landes, hrsgg. v. Franz Schlegelberger,
3. Band, Berlin 1931, S. 807 ff.

- Rohlfing, Theodor "Hypothek", in: Rechtsvergleichen-
des Handwörterbuch für das Zivil-
und Handelsrecht des In- und Aus-
landes, hrsgg. v. Franz Schlegelberger,
4. Band, Berlin 1933, S. 267 ff.
- Rosenberg, Leo Sachenrecht, 1. Halbband, §§ 854 -
902, München 1919
- Rosenthal, Heinrich Bürgerliches Gesetzbuch, neubearbei-
tet von Bernhard Kamnitzer und
Heinrich Bohnenberg, 15. Aufl. Köln .
Berlin . Bonn . München 1965
- v. Roth, Paul System des deutschen Privatrechts,
3. Teil, Tübingen 1886
- Rüchardt, Konrad "Bewertung und Krediturteil", in:
Handbuch des Realkredits, hrsgg. v.
Franz Steffan, Frankfurt a.M. 1963,
S. 441 ff.
- Rüdiger, Hugo Die nachträgliche Rangänderung im
bürgerlichen Rechte (§ 880 BGB),
Diss. Leipzig 1912
- v. Salpius Gutachten über die Gesetzgebungs-
frage: "Soll eine Reform des Zwangs-
versteigerungsverfahrens dahin er-
strebt werden, daß der Zuschlag nicht
erteilt werden darf, wenn das Gebot
den Betrag der dem betreibenden Gläu-
biger vorgehenden Hypotheken nicht
übersteigt?", in: VerhDJT 12, 1. Bd.
S. 117 ff.
- Sattelmacher - Müller Grundrißkommentar, BGB, 3. Buch,
Sachenrecht, Berlin und Leipzig 1936
- Scherer, M. Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetz-
buches, Erlangen 1899

Scheuerer, Egon	Der Hypothekenrang. Eine rechtliche und wirtschaftliche Betrachtung, Diss. Nürnberg 1955
Schiffhauer, Horst	Grundbuchrecht, Band II, Varel 1974
Schlegelberger-Harmening	Gesetz über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen, 4. Aufl. Berlin 1926
Schmelzeisen, Gustaf Klemens	Bürgerliches Recht (BGB I - III), 4. Aufl. Berlin und Frankfurt a.M. 1975
Schmidt	Rangrücktritt des von einer Löschungs- vormerkung betroffenen Rechts hinter das Zwischenrecht des Vormerkungsbe- rechtigten, in: BWNotZ 1968, 277 ff.
Schmidt, Joachim	Die ungerechtfertigte Löschung von Vormerkung und Widerspruch, Diss. Köln 1933 (zitiert: Schmidt, Diss.)
Schmitt, Arthur	Der Rang als Konkurrenzproblem, Diss. Marburg 1939
Schnitzler, Albert	Die Prioritätszession nach gemeinem Recht, Diss. Göttingen 1889
Schumacher, Willi	Der Formalrang im Grundbuch, Diss. Tübingen 1951
Schwartz, Ernst	Das preußische Grundbuchrecht, 1. Band, Berlin 1893
Schwarze	Die deutsche Grundbuchordnung, Berlin 1897
Schwerdtner, Eberhard	Verzug im Sachenrecht, Berlin 1973
Seibert, Claus	Grundbuchordnung, 6. Aufl. München und Berlin 1936

- Sekler, Georg Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, München 1904
- Siber, Heinrich Das Buchrechtsgeschäft, Tübingen 1909
(zitiert: Siber)
- ders. Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1900
(zitiert: Siber, gesetzliches Pfandrecht)
- ders. Schuldrecht, Leipzig 1921
(zitiert: Siber, Schuldrecht)
- Siebert, Wolfgang Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933
- Siméon - David Recht und Rechtsgang, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 16. Aufl., Köln-Berlin 1956
- Simsch, Gerhard Öffentlicher Glaube des Grundbuchs und Vormerkung im bürgerlichen Recht - im Aufwertungsrecht, Diss. Berlin 1929
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu herausgegeben von W. Siebert, bearbeitet von H.J. Abraham u.a., Band 3, Schuldrecht II (§§ 611 - 853), 10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969,
Band 4, Sachenrecht (§§ 854 - 1296), 10. Aufl. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968
(zitiert: Soergel - Bearbeiter)

- Sottung, Rudolf Die Pfändung der Eigentümergrundschuld, Berlin/Köln 1957
- Spezielle Motiven Spezielle Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen, Dresden o.J.
- Stadtländer, Gustav Liegt in dem Pfandvorzugsverzicht eine Interzession?, Diss. Erlangen 1898
- Staub, Hermann Die Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld, in: Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1890, S. 407 ff.
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 1, Art. 1 - 6 und 32 - 218, erläutert von Ottmar Dittmann u.a., 10/11. Aufl. Berlin 1973
Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Teil, erläutert von Franz Brändl u.a., 10./11. Aufl. Berlin 1975
Band III: Sachenrecht, 1. Teil (§§ 854 - 1017), erläutert von Hans Berg u.a., 11. Aufl. Berlin 1956
Band III: Sachenrecht, 2. Teil (§§ 1018 - 1296), erläutert von Ottmar Dittmann u.a., 11. Aufl. Berlin 1963
(zitiert: Staudinger - Bearbeiter)
- v. Staudinger - Keidel Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 3. Aufl. 1931

- Steffan, Franz Begriff und Funktion des Realkredits,
in: Handbuch des Realkredits,
Frankfurt a.M. 1963, S. 9 ff.
- ders. Bodenrecht und Bodenkredit in Ver-
gangenheit und Gegenwart, in: Hand-
buch des Realkredits, Frankfurt a.M.
1963, S. 247 ff.
- Steiner - Riedel Zwangsversteigerung und Zwangsver-
waltung. Kommentar zum Zwangsver-
steigerungsgesetz, 7. Aufl. Berlin
1956
(zitiert: Steiner - Riedel, 7. Aufl.)
- dies. Zwangsversteigerung und Zwangsver-
waltung in der Bundesrepublik Deutsch-
land, Band 1, 8. Aufl. Berlin 1973
(zitiert: Steiner - Riedel, 8. Aufl.)
- Stobbe, Otto Handbuch des Deutschen Privatrechts,
neu bearbeitet von H.O. Lehmann,
2. Band, 2. Halbband, 3. Aufl.
Berlin 1897
- Straus, Heinrich Der Rangvorbehalt, Diss. Tübingen 1911
- Strecker, O. Die allgemeinen Vorschriften des
Bürgerlichen Gesetzbuchs über Rechte
an Grundstücken, Berlin 1898
- Strohal, Emil Die Prioritätsabtretung nach heutigem
Grundbuchrecht, Graz 1880
(zitiert: Strohal, Prioritätsab-
tretung)
- ders. Über relative Unwirksamkeit, Wien
1911
(zitiert: Strohal, Relative Unwirk-
samkeit)

- Strohal, Emil Über relative Unwirksamkeit, in:
Festschrift zur Jahrhundertfeier
des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetz-
buches, II, Wien 1911, S. 747 ff.
(zitiert: Strohal, Festschrift)
- Studienkommentar Studienkommentar zum BGB. 1. - 3.
Band, bearbeitet von Volker Beuthien
u.a., Frankfurt a.M. 1975
(zitiert: Studienkommentar-Bearbeiter)
- Teichmann, Horst Wegfall der Eigentümergrundschild
oder Lösungsanspruch als gesetz-
licher Inhalt der Hypothek, Köln
1968
- Thal, Alfred Die Vereinigung von Recht und Ver-
bindlichkeit beim Pfandrecht an
Forderungen, Breslau 1905
- Thieme, Paul Grundbuchordnung unter Mitarbeit
von Ernst Riggers, 4. Aufl. Celle
1955
- Thürmann, Dagmar Die falsche Rangeintragung im Grund-
buch, in: JuS 1976, 387 ff.
- v. Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts,
Band I, Leipzig 1910
(zitiert: v. Tuhr I)
Band II, 1. Hälfte, München und
Leipzig 1914
(zitiert: v. Tuhr II 1)
Band II, 2. Hälfte, München und
Leipzig 1918
(zitiert: v. Tuhr II 2)

- Turnau - Förster Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen, 1. Band, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. Paderborn 1906
(zitiert: Turnau - Förster I)
2. Band, Die Grundbuchordnung, 2. Aufl. Paderborn 1903
(zitiert: Turnau - Förster II)
- v. Wächter, Karl Georg Pandekten I und II, Leipzig 1880 und 1881
- Wagner, Otto Rangänderung und Rangvorbehalt, Diss. Erlangen 1931
- Walsmann, Hans Der Verzicht, Leipzig 1912
- Warneyer-Bohnenberg Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Aufl. Berlin 1942
- Warneyer-Buchwald Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 2. Aufl. Tübingen 1930
- Wege In welchem Verhältnis stehen mehrere ihrem Rang nach vortretende oder zurücktretende Grundbuch-Posten zueinander?, in: IherJb. 51, 39 ff.
- Westermann, Harry Sachenrecht, 5. Aufl. Karlsruhe 1966
(zitiert: Westermann)
- ders. Schwerpunkt, BGB-Sachenrecht, 3. Aufl. Karlsruhe 1975
(zitiert: Westermann, Schwerpunkte)
- ders. Vorschläge zur Reform des Hypotheken- und Grundbuchrechts, Stuttgart 1972
(zitiert: Westermann, Vorschläge)

- Wieacker, Franz Bodenrecht, Hamburg 1938
- Wiefels, Josef Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Bürgerliches Recht, Sachenrecht, 148.-152. Tausend, Düsseldorf, Stuttgart 1968
- Windscheid - Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 9. Aufl., Neudruck der Ausgabe Frankfurt a.M. 1906, Aalen 1963
- Wittkowsky, Kurt Die Kollision der Rechte unter bes. Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Rostock 1911
- Woldering, Gottfried Die Bedeutung des § 879 BGB für die Rangfolge von Grundstücksrechten und der Ausgleich ungerechtfertigter Rangverhältnisse zwischen den Berechtigten nach § 812 BGB, Diss. Münster 1952
- Wolf, Ernst Lehrbuch des Sachenrechts, Köln Bonn Berlin München 1971
- Wolf, Manfred Sachenrecht, München 1976
(zitiert: M. Wolf)
- Wolf-Neukirch Das Bürgerliche Gesetzbuch, Hand-Kommentar, Halle 1908
- Wolff, Th. Die ungerechtfertigte Löschung, in: AcP 91, 366 ff.
- Wolff - Raiser Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, begründet von Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp und Martin Wolff, Band III: Sachenrecht, 10. Bearbeitung von Martin Wolff und Ludwig Raiser, Tübingen 1957

Wussow, Werner	Der Rangvorbehalt nach § 881 BGB, Diss. Jena 1928
Zagst, Gerhard	Das Recht der Löschungsvormerkung und seine Reform, Tübingen 1973
Zeller, Friedrich	Zwangsversteigerungsgesetz, 9. Aufl. München 1974
Zusammenstellung	Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs-Justizamt, Band III, Äußerungen zum Sachenrecht, Neudruck der Ausgabe 1890, Osnabrück 1967

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	=Archiv für die civilistische Praxis
ALR	=Allgemeines Landrecht für die preu- pischen Staaten, gültig ab 1.6.1794
ArchBürgR	=Archiv für Bürgerliches Recht
AufwG	=Gesetz über die Aufwertung von Hypothe- ken und anderen Ansprüchen vom 16.7.1925
AufwRspr.	=Rechtsprechung in Aufwertungssachen, herausgegeben von Ring und Harmening
BayObLG	=Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	=Sammlung von Entscheidungen des Bayeri- schen Obersten Landesgerichts in Zivil- sachen
BayZ	=Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
Betr.	=Der Betrieb
BGH	=Bundesgerichtshof
BGHZ	=Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BWNotZ	=Mitteilungen aus der Praxis. Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
DFG	=Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
DGenWR	=Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
Diss.	=Dissertation
DJT	=Deutscher Juristentag
DJZ	=Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	=Deutsche Notarzeitschrift
DR	=Deutsches Recht
DRW	=Deutsche Rechtswissenschaft
E	=Entscheidung
ErbbauRVO	=Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.1.1919

GBO	=Grundbuchordnung vom 28.3.1897 i.d.F. vom 5.8.1935
GBVfg	=Allgemeine Verfügung über die Einrichtung und Führung des Grundbuchs vom 8.8.1935
Gruchot	=Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GrünhutsZ	=Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
HansGZ	=Hanseatische Gerichtszeitung
HEZ	=Höchstrichterliche Entscheidungen. Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der Obersten Gerichte in Zivilsachen
HRR	=Höchstrichterliche Rechtsprechung
JFG	=Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
IherJb.	=Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts, ab 1897: Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JMBL.	=Justizministerialblatt
JR	=Juristische Rundschau
JuS	=Juristische Schulung
JW	=Juristische Wochenschrift
JZ	=Juristenzeitung
KG	=Kammergericht
KGJ	=Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-Stempel- und Strafsachen
LG	=Landgericht

LM	=Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u.a.
LZ	=Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	=Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	=Motive zum 1. Entwurf des BGB 1888
NJW	=Neue Juristische Wochenschrift
ObTrib.	=Obertribunal
OLG	=Oberlandesgericht
OLGRspr.	=Die Rechtsprechung der Oberlandesge- richte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann
OLGZ	=Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der frei- willigen Gerichtsbarkeit
Prot.	=Protokolle der 2. Kommission zum Entwurf des BGB
Recht	=Das Recht, begründet von Soergel
RG	=Reichsgericht
RGBl.	=Reichsgesetzblatt
RGZ	=Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	=Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt
Rpfleger	=Der deutsche Rechtspfleger
SächsArch.	=Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß
SchlHA	=Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffArch.	=Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl.	=Seufferts Blätter für Rechtsanwendung

SJZ	=Süddeutsche Juristenzeitung
StriethArch.	=Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Königlichen Ober- Tribunals, herausgegeben von Striethorst
VerhDJT	=Verhandlungen des Deutschen Juristen- tages
WarnJahrb.	=Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen im Zivil-, Handels- und Prozeßrecht
WarnRspr.	=Rechtsprechung des Reichsgerichts, so- weit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des RG abgedruckt ist, herausgegeben von Warneyer
WPM	=Wertpapier - Mitteilungen
WürttZ	=Württembergische Zeitschrift für Rechts- pflege und Verwaltung
ZakDR	=Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBlFG	=Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbar- keit und Notariat
ZDNotV	=Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
ZfgesK	=Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZGB	=Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907
ZHR	=Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZVG	=Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24.3.1897

Im übrigen wurden die allgemein gebräuchlichen Abkürzungen
verwendet.

A. Der Rang der beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken ist von entscheidender praktischer Bedeutung für die Gläubiger der Rechte. Als Grundlage für das geringste Gebot hängt von ihm in der Zwangsversteigerung ab, welche Rechte bestehen bleiben und vom Erwerber des Grundstücks übernommen werden müssen (§§ 44 ff. ZVG). Nach dem Rang bestimmt sich die Reihenfolge, in der die Rechte in der Zwangsvollstreckung zum Zuge kommen, Ein nachstehender Gläubiger wird bei der Zwangsversteigerung erst dann am Erlös beteiligt, wenn der Vorrangige voll befriedigt ist (§§ 10 f., 109 II, 112 ff. ZVG). Entsprechend wird der Überschuß in der Zwangsverwaltung verteilt (§§ 155 ff. ZVG).

Und auch bereits vor der Zwangsverwertung des Grundstücks zeitigt der Rang praktische Auswirkungen. Im wirtschaftlichen Sinne ist der Rang als Sicherheitsabstufung in der Beleihungshöhe von Grundstücken zu verstehen.¹⁾ Wegen des sich erhöhenden Risikos des Ausfalls in der Zwangsvollstreckung werden die Bedingungen, zu denen ein Grundstück darlehensweise beliehen werden kann, für den Schuldner mit abnehmendem Rang härter (höhere Zinssätze, frühzeitigeres Kündigungsrecht)²⁾³⁾. Überhaupt geht die Praxis der Geldinstitute dahin, Darlehen nur bei sicherem Rang zu gewähren⁴⁾. Manche Kreditinstitute beleihen sogar grundsätzlich nur auf den ersten Rang⁵⁾.

Welch erhebliche Bedeutung der Rang im Verkehrsleben hat, zeigt sich gerade am eindrucksvollen Zahlenmaterial aus dem in der Praxis wichtigsten Gebiet der Grundstücksbelastungen, dem Grundkreditverkehr: Die Höhe der Hypothekendarlehen allein des organisierten Realkredits stieg von 1957

1) Scheuerer S. 73 und passim.

2) S. nur Baur § 17 AI 2; Staudinger-Scherübel Vorbem. 66 vor § 1113.

3) Wenngleich nicht zu verkennen ist, daß der marktmäßige Risikoausgleich für nachrangige Hypotheken (höhere Zinsen, kürzere Laufzeit) bei anderen als privaten Geldgebern in zunehmendem Maße auch ersetzt wird durch Ausgleich durch die öffentliche Hand und Bausparkassenhypotheken. S. dazu Steffan S. 32 ff.

4) Zu Beleihungsgrundsätzen der Kreditinstitute ausführlich Scheuerer passim.

5) Vgl. Baur a.a.O.

bis 1961 von 32,8 auf 67,8 Mrd. DM⁶⁾. Im Jahre 1968 waren bereits Grundpfandrechte im Werte von ca. 164 Mrd. DM in den Grundbüchern eingetragen⁷⁾. Angesichts des verstärkten Baubooms vergangener Jahre dürfte der Betrag der Realkredite heute noch weitaus höher liegen. - Diese Daten zeigen deutlich die beträchtliche wirtschaftliche Relevanz der Grundpfandrechte und damit zugleich die erhebliche Bedeutung des Rangs. Denn in der Praxis werden in aller Regel jeweils mehrere, in einer Rangordnung stehende Belastungen bestellt, da mit einem Grundpfandrecht allein der hohe Kreditbedarf kaum zu decken ist.

B. Angesichts dieser weitreichenden wirtschaftlichen Bedeutung des Rangs im Verkehrsleben⁸⁾ nimmt es nicht wunder, daß sich auch Literatur und Rechtsprechung schon früh mit Rangproblemen auseinandersetzen mußten. Mit der Entwicklung, überhaupt mehr als ein Recht an einem Gegenstand zuzulassen⁹⁾, entstand im Gemeinen Recht und den Partikularrechten auch die Rangproblematik. Dabei zeichnen sich in der Geschichte zwei aufeinander zulaufende Richtungen ab: zum einen allmählicher Ausbau der Position des Nachrechts vom nur bedingten Recht am Überschuß bei Verkauf durch den Erstpandgläubiger bis hin zu gleichen Herrschaftsbefugnissen an der Sache¹⁰⁾, zum anderen zugleich Wahrung der wohl erworbenen Position des Vorrechts, wie sich namentlich an der Herausbildung des Deckungsprinzips zeigte¹¹⁾. Im Spannungsfeld dieser beiden Interessenrichtungen entwickelte sich

6) Steffan S. 430 (dort auch eine Übersicht über die Entwicklung in früheren Jahren).

7) Baur § 36 I 2 a.E.

8) Ausführlich dazu etwa Nußbaum S. 111 ff.; Scheuerer S. 64 ff. und passim; Steffan S. 29 ff.

9) Erst das Aufkommen eines Pfandrechts ohne Besitz, der hypotheca, ermöglichte es im Römischen Recht, bei fiducia und pignus ein zweites Pfandrecht zu bestellen, indem man die actio fiduciae bzw. pigneraticia auf Herausgabe der hyperocha verpfändete. Auch die Sache selbst konnte später mit der hypotheca weiterverpfändet werden, s. dazu Schnitzler S. 18 f. und Rüdiger S. 10 f., jeweils m.w.N.

10) S. u. S. 36 f.

11) S. u. S. 153 f.

auch die Kontroverse über die rechtliche Ausgestaltung des Rangs¹²⁾. Sie gipfelte in der Frage nach dem "Wesen", der "Rechtsnatur" des Rangs. Dabei wurden diese Begriffe als vereinfachende, das Verständnis erleichternde Umschreibung für die Gesamtheit der rechtlichen Ausstrahlung des Rangs gebraucht.

Dahingehend wurde im Römischen Recht überwiegend die Auffassung vertreten, beim Rang handele es sich um eine dem Pfandrecht mit Notwendigkeit anhaftende unzertrennliche Qualität¹³⁾, bzw. um einen wesentlichen Bestandteil des Sachenrechts¹⁴⁾. Andere werteten den Rang dagegen als selbständige, übertragbare rechtliche Macht¹⁵⁾. Wiederum abweichend davon das Reichsgericht, das den Rang als "V o r r e c h t" bzw. "Vorzugs r e c h t" bezeichnete¹⁶⁾. Auch als "Vorstadium bei der Bildung des Rechts vor der vollständigen Existenz desselben" wurde der Rang gelegentlich verstanden¹⁷⁾¹⁸⁾.

Ähnlicher Streit über die Rechtsnatur und begriffliche Erfassung des Rangs herrschte auch in den partikularen Rechtsgebieten der Länderprivatrechte. Unter dem Einfluß der im Römischen Recht herrschenden Auffassung wurde der Rang auch dort vielfach für eine unlösbare Eigenschaft des Rechtes gehalten¹⁹⁾. Teilweise wurde der Rang auch schlicht als Verhältnis der Grundstücksrechte zueinander definiert²⁰⁾. Die

-
- 12) Wobei als Folge der Ausgestaltung des Rangs die Frage nach der Übertragbarkeit auf ein anderes Recht entstand, was schon im älteren Recht lebhaft diskutiert wurde, s. nur Eickhoff.
- 13) U.a. Dernburg (Pfandrecht) S. 415, 475; Windscheid-Kipp S. 1243 m.w.N. über den Streitstand; Schnitzler S. 18 - 20; Stadtländer S. 20; vgl. auch Kornitzer GrünhutsZ 17, 659 ff.
- 14) Vgl. Kornitzer a.a.O. S. 661 ff.
- 15) Z.B. Strohal (Prioritätsabtretung) S. 74 ff.; Eickhoff S. 11.
- 16) RGZ 6, 308 (310); 12, 203 (210); 16, 116 (119); 27, 282 (283).
- 17) Vgl. Kornitzer a.a.O. S. 673.
- 18) Allgemein zum Wesen des Rangs in der gemeinrechtlichen Literatur: v.Bar AcP 53, 374 ff.
- 19) Koch II S. 840 Anm. 70 m.w.N.; vgl. auch Rudolph Sächs. Arch. f. Bürgerliches Recht 2, 195.
- 20) So für das sächsische Privatrecht Rudolph a.a.O. S. 197.

Möglichkeit, den Rang als besonderes Recht anzusehen, wurde durchweg abgelehnt²¹⁾. Demgegenüber hielten manche Autoren den Rang für das (obligatorische) Recht auf vorzugsweise Befriedigung²²⁾. Nicht weit davon entfernt lag die Ansicht, der Rang sei "ein bei Ausübung des Befriedigungsrechts zur Geltung gelangendes Vorrecht"²³⁾. Mit ähnlicher Tendenz meinte man auch, es mit dem "Recht auf Befriedigung an bestimmter Stelle" zu tun zu haben²⁴⁾. Auch für einen Bestandteil des beschränkten dinglichen Rechtes wurde der Rang bisweilen gehalten²⁵⁾. Mitunter wurde schließlich eine Verbindung gezogen zwischen praktischer und rechtlicher Bedeutung: Der Rang bilde ein tatsächliches Moment, das aber auch rechtlich geschützt sei, da es die Möglichkeit zur Rechtsentfaltung in sich schließe²⁶⁾. Die ältere Rechtsprechung verstand unter dem Rang durchweg "ein dem dinglichen Recht anlehnendes Vorrecht"²⁷⁾, bzw. ein "wesentliches Recht des beschränkten dinglichen Rechtes"²⁸⁾²⁹⁾.

Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches wird der Streit um die rechtlichen Ausstrahlungen des Rangs nicht beigelegt. Über die Frage, wie dieses Phänomen rechtlich zu erfassen sei, gehen die Meinungen noch weiter auseinander. Das ist auch darauf zurückzuführen, daß die Möglichkeiten zur mehrfachen Belastung der Grundstücke vereinfacht und erleichtert worden sind, womit die Rangfragen in Praxis und Theorie an Aktualität gewinnen. Vergleichbar etwa mit dem lebhaft umstrittenen Verständnis vom Wesen des Besitzes entwickeln sich zur begrifflichen Konstruktion des Rangs weit divergierende Auffassungen. In den Vordergrund rückt dabei

-
- 21) Rudolph a.a.O.; Achilles-Strecker S. 193 § 34 Anm. 1 b. Für das gemeine Recht dahingehend Dernburg (Pfandrecht) S. 415, 475. Vgl. auch Kornitzer Grünhuts Z 17, 667 ff.
 22) Für das preußische Privatrecht Schwartz S. 449 f. i.V.m. S. 453; prObTrib. Strieth. Arch. 89, 191 (193).
 23) Kuntzel Gruchot 26, 69.
 24) Dahingehend für das preußische Recht Koch II S. 392 Anm. 25.
 25) In dieser Richtung Kuntzel a.a.O. S. 82.
 26) So Kornitzer a.a.O. S. 673 für das österreichische Recht.
 27) prObTrib. Gruchot 23, 913 ff.; RGZ 4, 324 ff.; 9, 250 ff.; 16, 244 (249). S. auch prObTrib. Strieth Arch. 89, 193; prObTrib. E 6, 359 ff. und 63, 187 ff.
 28) RGZ 19, 341 (345); ähnlich RGZ 27, 282 (283).
 29) Zum älteren Recht insgesamt vgl. auch Koch (Diss.) S. 11 - 17 (mit Abdruck der maßgeblichen Bestimmungen); Exner S. 492 ff.

die Theorie, daß der Rang mit zum Inhalt eines Rechtes zu rechnen sei³⁰⁾ oder doch zumindest zum Inhalt im weiteren Sinne gehöre³²⁾. Demgegenüber hat sich eine zweite bedeutende Strömung gebildet, welche davon ausgeht, daß der Rang eines Rechtes nichts mit dessen Inhalt zu tun habe, sondern schlicht eine notwendige Folge der Dinglichkeit des Rechtes darstelle³³⁾.

Neben diesen beiden Hauptlinien werden noch die unterschiedlichsten sonstigen Auffassungen entwickelt, wie man das Phänomen Rang rechtlich in den Griff bekommen könne. Häufig wird dabei hervorgehoben, daß der Rang außerhalb des Rechtes stehe und in seiner Stellung zum Recht als Qualität³⁴⁾ bzw. Eigenschaft³⁵⁾ der Belastung bezeichnet werden müsse. Bisweilen sieht man jedoch in Inhalt und Eigenschaft keinen Unterschied und charakterisiert den Rang durch diese beiden Begriffe zugleich³⁶⁾. Ganz vereinzelt werden sogar sämtliche bisher erwähnten Kriterien zur Erläuterung herangezogen und miteinander vermengt, indem der Rang sowohl zum Inhalt gerechnet wird, als auch zum weiteren Inhalt, zur Eigenschaft und zur gesetzlichen Folge der Dinglichkeit³⁷⁾.

Sogar für ein eigenständiges dingliches Recht³⁸⁾ oder zumindest für ein "wertvolles dingliches Nebenrecht"³⁹⁾ hält man den Rang gelegentlich. Dagegen verwahren sich andere Stimmen, die aber hervorheben, daß der Rang jedenfalls Grundlage von Rechten sei⁴⁰⁾. Auch als Anspruch auf vor-

30) Aus der Vielzahl der Stimmen seien vorerst nur erwähnt: Koon (Diss.) S. 45 ff.; Grunsky S. 28 f.; KG WRP 1935 Nr. 114; BayObLG OLGRspr. 12, 108 (109); wohl auch BGHZ 21, 98 (100).

31) Auf der gleichen Linie liegt es wohl, wenn der Rang als wesentlicher Bestandteil i.S.d. § 93 bezeichnet wird. So Breit S. 87, 107.

32) Darüberger etwa Güthe JW 1912, 615; KGJ 34, A 246 (244); vgl. auch Straus S. 10 ff.

33) U.a. Planck-Strecker Vorbem. 3 vor § 879.

34) Z.B. Walsmann S. 87 ff.

35) U.a. Friedrich (Diss.) S. 6; Schumacher S. 4; RG JW 1933, 606.

36) Namentlich Koon (Diss.) S. 32; Müller (Diss.) S. 63; v. Tonn I § 13 II. Als "inhaltliche Eigenschaft" wird der Rang vom KG in KGJ 40, A 241 (245) definiert.

37) Eichler I S. 103.

38) Wege IherJb. 51, 44; Oberneck I § 41 Bem. 1.

39) O.v.Gierke II § 119 Anm. 91.

40) In dieser Richtung Rosenberg Vorbem. I zu §§ 879 - 881.

zugsweise Befriedigung in der Zwangsversteigerung wird der Rang mitunter definiert⁴¹⁾. Nach anderen bildet der Rang immerhin eine besondere Rechtsstellung⁴²⁾.

Ganz vereinzelt meint man auch, zur Erklärung das Verhältnis von Haupt- und Nebensache heranziehen zu können; das dingliche Recht sei die Hauptsache, während der Rang die Nebensache bilde⁴³⁾.

Vielfach setzt man den Schwerpunkt auf die Konkurrenzlage im Wettstreit der dinglichen Rechte und begnügt sich mit der Erklärung, der Rang regele das Verhältnis eines dinglichen Rechtes zu anderen an derselben Sache⁴⁴⁾.

Vom Standpunkt der Interessenjurisprudenz aus wird der Rang schlicht als "Interessengehalt" eines Rechtes definiert⁴⁵⁾.

Bisweilen wird auch auf die Realisierbarkeit des dinglichen Rechtes abgestellt und der Rang als "Intensität"⁴⁶⁾ eines Rechtes bezeichnet. Mit ähnlicher Tendenz wird der Rang gelegentlich als "Art Anwartschaft auf Erfüllung" gewertet⁴⁷⁾. In der gleichen Richtung liegt es, den Rang schlicht als "Kraft" des dinglichen Rechtes zu kennzeichnen⁴⁸⁾. Am Grad der Realisierbarkeit orientiert sich auch die Ansicht, die die "Stellung in der Aufeinanderfolge der Verwirklichung der Rechte" in den Vordergrund rückt⁴⁹⁾. Ähnlich die Charakterisierung als "Umfang der Ausübungsbefugnis"⁵⁰⁾. Auf der gleichen Linie liegt es, den Rang als "sachenrechtliche Zurückdrängungsbefugnis" zu werten⁵¹⁾.

41) Müller (Diss.) S. 64.

42) BGHZ 6, 70 (74).

43) Rosenberg a.a.O.

44) Etwa Wolff-Raiser § 42 vor I; Westermann § 80 I 3; BayObLG OLGRspr. 31, 301.

45) Heck S. 91.

46) Kohler S. 261 - 263, 400 - 408.

47) Insbesondere Scheuerer S. 18, 44.

48) Enneccerus-Nipperdey § 135 II.

49) In diesem Sinne Friedrich (Diss.) S. 3; ähnlich Junghans S. 8

50) Wussow S. 17

51) Fuchs I § 879 Bem. 1 u. § 880 Bem. 11a.

Den bisherigen Konstruktionen gemein ist, daß sie den Rang jedenfalls irgendwie als *d i n g l i c h e s* Phänomen sehen. Völlig aus dem Rahmen fällt demgegenüber die Theorie, der Rang bilde eine rein schuldrechtliche Erscheinung, den Verdrängungsanspruch eines Gläubigers gegen einen Mitgläubiger⁵²⁾.

Aus dem Gesichtswinkel der Praxis heraus wird der Rang häufig auch als rein wirtschaftlicher Wert, als vermögenswertes Gut angesehen, während die rechtlichen Ausstrahlungen weitgehend außer acht gelassen werden⁵³⁾. Zumindest in den Vordergrund gerückt wird die praktische Bedeutung auch von jenen Autoren, die den R a n g als "Verdrängungswert" kennzeichnen⁵⁴⁾. Gelegentlich werden die rechtlichen Ausstrahlungen zwar gesehen, doch klingt Resignation an, daß der Rang überhaupt nicht eindeutig rechtlich zu erfassen sei⁵⁵⁾.

C. Über die Frage, was der Rang darstelle, herrscht demnach heftiger Streit. Sucht man nach den Ursachen dafür, fallen vor allen Dingen drei Faktoren ins Auge:

1. Zum einen ist der praktisch wohl bedeutsamste Grund, daß es - anders als teilweise im älteren Recht⁵⁶⁾ - keine Grenze für die Wertbelastungen gibt. Das Bürgerliche Gesetzbuch gestattet die Grundstücksbelastung nicht nur bis zu einer bestimmten Wertgrenze, sondern ist vom Gedanken der Verschuldungsfreiheit beherrscht⁵⁷⁾. Das ergibt sich aus § 137 S. 1 und mittelbar auch aus dem sich auf die schuldrechtliche Seite beziehenden § 1136, 2. Altern. Und das folgt schließlich auch daraus, daß in Art. 117 I EGBGB nur lan-

52) Breit S. 7, 63 f. und passim.

53) So etwa Müller (Diss.) S. 64; Engelmann S. 507; Laué Gruchot 55, 235 läßt die wirtschaftliche Seite letztlich offen, lehnt aber jedenfalls die R e c h t s - gutfähigkeit des Rangs ab.

54) Unter anderem Holderbaum JZ 1965, 715.

55) Dahingehend wohl Rosenberg Vorbem. I vor §§ 879 - 881, der verschiedene Beschreibungen des Rangs für juristisch nicht faßbar hält.

56) Vgl. die Hinweise bei O.v.Gierke II S. 849.

57) S. O.v.Gierke II S. 849 f.

desrechtlich die Möglichkeit eröffnet wird, eine Belastungsgrenze festzusetzen. Zur Zeit aber bestehen dahingehende Regelungen nicht; Art. 117 I EGBGB ist gegenwärtig bedeutungslos⁵⁸⁾.

Nur in einer Rechtsordnung, die nicht lediglich Belastungen gestattet, die für den Fall der Zwangsversteigerung völlig gesichert sind, kann es aber zu Streitigkeiten über Erlösverteilung und Rang kommen. Und daß von der Möglichkeit zur Belastung über den effektiven Wert hinaus auch Gebrauch gemacht wird, ist bedingt durch die relative Leichtigkeit, den Boden zu belasten⁵⁹⁾.

2. Dogmatisch erklärt sich die lebhaftete Auseinandersetzung mit dem Wesen des Rangs daraus, daß er keine der Rechtsordnung vorgegebene Erscheinung darstellt⁶⁰⁾. Jeder Rechtsordnung steht es durchaus frei, zwischen verschiedenen Rechten überhaupt keine Rangordnung zu schaffen, sondern gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger zuzulassen. Wenn sich ein Rechtssystem dann dafür entscheidet, bei der Verwirklichung der Sachenrechte dem Prioritätsprinzip Geltung zu verschaffen⁶¹⁾, so steht es ihm auch frei, die Ausgestaltung im einzelnen zu bestimmen⁶²⁾. Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur können daher nicht a priori von einer bestimmten Konstruktion ausgehen⁶³⁾. Der Rang ist seinem Gefüge nach nicht naturgegeben, nicht ein für allemal festliegend in seinem Aufbau, seiner inneren Gliederung und seinen äußeren Wirkungen. Beim Rang handelt es sich vielmehr um ein

58) Vgl. Palandt-Bassenge Art. 117 EGBGB Anm. 1, 2. Daß Art. 117 I EGBGB aber durchaus früher Bedeutung hatte, dazu Staudinger-Gramm Art. 117 Rdn. 4. Nach Art. 3 EGBGB können dahingehende Vorschriften auch jederzeit wieder erlassen werden.

59) Vgl. Richter (Diss.) S. 1.

60) S. auch Grunsky S. 63.

61) Zu den interessenmäßigen Erwägungen der Rechtsordnung bei Schaffung des Prioritätsprinzips, zu dessen Tragfähigkeit und Grenzen, s. Leisner.

62) Die Rangordnung ist schon dem Grunde nach mit verschiedenen Strukturen denkbar. Zur Gegenüberstellung der unterschiedlichen Systeme, zwischen denen naturgemäß auch Mischformen möglich sind, Exner S. 464 f.; Horn S. 57 ff.

63) So bereits Kornitzer GrünhutsZ 17, 658 f.

vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen willkürlich geschaffenes Institut⁶⁴⁾.

3. Der Hauptgrund für die verwirrende Vielfalt der Auffassungen zur begrifflichen Erfassung des Rangs liegt in der weitgehend fehlenden klaren Stellungnahme der Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, was aber nicht weiter verwunderlich ist, da, wie erwähnt, im älteren Recht der Streit um das Wesen des Rangs gerade erst in Bewegung geraten und noch längst nicht ausgetragen war:

a) Bei den Ausführungen zu § 840 des Entwurfs 1888⁶⁵⁾, dem Vorgänger des heutigen § 879 BGB, wird nur ganz allgemein auf die rechtlichen Ausstrahlungen des Rangs eingegangen. Die Überlegungen erschöpfen sich in dem wenig besagenden Hinweis, daß der Vorzug zu den Wirkungen des dinglichen Rechts gehöre⁶⁶⁾.

Kaum deutlicher befassen sich die Motive in Erörterung der Regeln zur Rangänderung mit Funktion und Wirkung des Rangs. Die Ausführungen zu § 841 des Entwurfs 1888⁶⁷⁾⁶⁸⁾ (entspricht dem heutigen § 880) erschöpfen sich in der Bemerkung, daß der Rang gegen Dritte wirke. Expressis verbis ist auch diese Eigenschaft des Rangs nicht hervorgehoben, jedoch daraus zu entnehmen, daß die Rangänderung als Steigerung bzw. Abschwächung in der Wirkung gegen Dritte angesehen wird⁶⁹⁾.

64) Das klingt bereits bei Wittkowsky (1911) an, wenn er darauf hinweist, daß der Gesetzgeber Kollision von Rechten auf verschiedene Arten mit dem Zweck regeln kann, die Perplexität dieses Verhältnisses zu beheben durch Beschränkungen, die stets am obersten Grundsatz der Billigkeit zu messen seien.

65) Mot. III S. 225 - 227.

66) Mot. III S. 227.

67) Mot. III S. 228 - 232.

68) Die Rangabtretung war ebenso wie dem Gemeinen Recht (s. Eickhoff) auch schon den wichtigsten Partikularrechten bekannt, so § 440 SächsBGB; § 497 ALR, beibehalten von § 35 prEigentumserwerbsG vom 5. Mai 1872. Namentlich an der Frage, wie die Rangabtretung zu erklären sei, hatte sich der Streit über die "Rechtsnatur" des Rangs schon früh entzündet, s.o. S. 3.

69) Mot. III S. 230.

Dingliche Wirkkraft allgemein⁷⁰⁾ ist auch daraus zu entnehmen, daß die Kommission sich einhellig für die dingliche Wirkung der Rangänderung ausspricht⁷¹⁾.

Daneben wird der Rang nur recht vage als Stelle bezeichnet, als Verhältnis eines Grundstücksrechts zu anderen⁷²⁾. Im übrigen legen die Motive zu § 841 des Entwurfs 1888 nur die verschiedenen Auffassungen über die rechtliche Konstruktion der Rangänderung dar. Stellung nehmen sie nicht, zumal die Regelung der Vorzugseinräumung sogar für überflüssig gehalten wird⁷³⁾. Erst recht wird auf eine Bestimmung der Rechtsnatur des Rangs selbst verzichtet, die aber als Vorstufe zum Verständnis der Rangänderung zunächst einer Erklärung bedurft hätte.

Ebensowenig gibt die Darstellung des Rangvorbehalts im § 842 des Entwurfs⁷⁴⁾ einen brauchbaren Hinweis auf die rechtliche Ausgestaltung des Rangs⁷⁵⁾.

Auch in den Ausführungen zu den einzelnen Grundstücksrechten ist nur die allgemein gehaltene Überlegung zu finden, daß der Vorrang eine Hemmung in der vollen Machtbetätigung des Nachstehenden bewirke⁷⁶⁾. Auf der gleichen Linie lassen die Grundsätze für die Zwangsversteigerung andeutungsweise erkennen, daß der Rang als Ausübungsschranke aufzufassen sei⁷⁷⁾.

Auch die Motive zum EGBGB liefern keine brauchbaren Hinweise in den Bemerkungen zu Art. 106 und Art. 110⁷⁸⁾, obwohl man von diesen Stellen einige Aufschlüsse erwarten könnte. Denn

70) Selbst das wird später bestritten; so nimmt Breit in seiner Monographie überhaupt nur *s c h u l d r e c h t - l i c h e* Wirkungen des Rangs an.

71) Mot. III S. 231 f.

72) Mot. III S. 231.

73) Mot. III S. 232.

74) Mot. III S. 233 f.

75) Die früheren Landesgesetze kannten keinen ausdrücklichen Rangvorbehalt..

76) Mot. III S. 737.

77) Mot. III S. 148 f.

78) Mot. EGBGB S. 266 - 268, 269 - 273.

die betreffenden Artikel sind Vorläufer der Art. 184 und 189 BGB, die ihrem Wortlaut nach Rang und Inhalt eines Rechts gegenüberstellen.

b) Die Tendenz der Motive, zu den Rangfragen nicht deutlich Stellung zu nehmen, setzt sich in der zweiten Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs fort. In Erörterung des § 840 des Entwurfs 1888⁷⁹⁾ enthält sich die Kommission einer Auseinandersetzung mit Aufgaben und Bedeutung des Rangs. Auch die Bemerkungen zu § 842 des Entwurfs 1888⁸⁰⁾ gewähren keine klärenden Hinweise.

Lediglich bei den Ausführungen zu § 841 des Entwurfs 1888⁸¹⁾ findet sich eine eingehendere Behandlung des Rangs der Grundstücksrechte. Die theoretische Konstruktion der Änderung des Rangs wird dort ausdrücklich der Wissenschaft überlassen⁸²⁾. Zurückzuführen ist die Enthaltensamkeit der Kommission zu dieser Frage darauf, daß die Rechtsnatur des Rangs selbst in der älteren Literatur und Rechtsprechung⁸³⁾ erst in die Diskussion geraten war, eine abschließende Klärung aber noch völlig ausstand. Demgemäß zeichnete sich auch in der Auseinandersetzung über die Konstruktion der Änderung des Rangs noch keine Lösung ab. Lediglich die praktische Bedeutung des Rangs war allgemein ins Bewußtsein gerückt. Daher erschöpft sich die Stellungnahme der Kommission darin, der Verkehrsauffassung Rechnung zu tragen⁸⁴⁾ und die Wichtigkeit des Rangs als "eigenständiges wirtschaftliches Gut" hervorzuheben⁸⁵⁾. Eine rechtstheoretische Konstruktion des Rangs kann auf diesem wirtschaftlichen Gedanken allein jedenfalls nicht aufbauen.

79) Prot. III S. 88 - 91.

80) Prot. III S. 99 - 102.

81) Prot. III S. 91 - 99.

82) Prot. III S. 95.

83) Oben S. 2-4.

84) Im Hinblick auf die recht umständliche Regelung der Rangänderung in § 841 des Entwurfs 1888 setzte sich die Erkenntnis durch, daß eine derartige Gestaltung den Verkehrsanforderungen nicht genüge (Prot. III S. 95).

85) Prot. III S. 98, ähnlich S. 93, 95.

An anderer Stelle findet sich in den Protokollen⁸⁶⁾ die Bemerkung eines Antragstellers, man könne sagen, daß der Rang zum Inhalt der Rechte gehöre. Aus den Erläuterungen zu den §§ 840 - 841 des Entwurfs 1888⁸⁷⁾ läßt sich zu diesem Verständnis des Rangs jedoch nichts entnehmen. Auch an anderen Stellen ergeben sich keine Hinweise in dieser Richtung, obwohl man dies in der Entstehungsgeschichte von § 883 I 1 und Art. 184 I 1, 189 I 2 EGBGB erwarten könnte, da diese Vorschriften Rang und Inhalt nebeneinander erwähnen. Die Erörterung des heutigen § 883 I 1⁸⁸⁾ läßt nicht erkennen, welche Gründe ausschlaggebend waren, als Zusatz zur ursprünglichen Fassung des § 803 Entwurf 1888 "Rang" neben "Inhalt" einzufügen. - Lediglich bei der Erörterung der Fassung von Art. 110 EGBGB des Entwurfs 1888⁸⁹⁾ (heute Art. 189 EGBGB) wird auf das Verhältnis Rang - Inhalt eingegangen: Der oben genannte Antragsteller hatte einen Änderungsvorschlag mit der Begründung gemacht, daß der Inhalt eines Rechtes auch den Rang desselben mit umfasse; eine ausdrückliche Erwähnung des Rangs neben dem Inhalt diene jedoch der Verdeutlichung. Die Kommission stimmte dem Antrag selbst zwar widerspruchslös zu. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß sie sich auch die dem Antrag zugrunde liegende Argumentation des Antragstellers zu eigen machte. Jedenfalls ist hier nicht eindeutig zugunsten der Gleichsetzung von Rang und Inhalt Stellung bezogen, zumal die Kommission an anderer Stelle⁹⁰⁾ später einem ähnlichen Antrag nicht mit irgendwelcher Begründung zugestimmt, sondern ihn kommentarlos der Redaktionskommission überwiesen hat. Auch aus der Entstehungsgeschichte des heutigen Art. 184 EGBGB ist nicht zu entnehmen, weshalb der Rang neben den Inhalt gesetzt wurde; die Frage der Aufnahme einer Vorschrift über das Rangverhältnis wurde nämlich bei den Erörterungen der Kommission ausdrücklich zurückgestellt⁹¹⁾.

86) Prot. VI S. 556.

87) Prot. III S. 88 - 102.

88) Prot. III S. 107 ff.; 118 ff.; 740 ff.; Prot. VI S. 222.

89) Prot. VI S. 555 ff.

90) Prot. VI S. 631.

91) Mugdan I S. 231 ff. (235).

Daß der Gesetzgeber im endgültigen Wortlaut des § 883 I 1 und der Art. 184 S. 1, 189 I 2 EGBGB Rang und Inhalt nebeneinanderstellt, deutet doch auch eher umgekehrt darauf hin, daß nach seiner Vorstellung beide verschiedene Gegenstände sind, zumal die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches sich ansonsten stets davor hüteten, durch unklare Wortwahl falsche Schlüsse zu begünstigen⁹²⁾. Schließlich wäre wohl auch das Verhältnis Rang - Inhalt eher im Zusammenhang mit den §§ 840 - 842 Entwurf 1888 (heute §§ 879 - 881) behandelt worden, wenn der Gesetzgeber tatsächlich den einen als Teil des anderen betrachtet hätte. Und vor allem: die Meinungen darüber, wie der Rang rechtlich zu erfassen sei, gingen schon damals weit auseinander⁹³⁾, weshalb es einer eingehenden Abwägung bedurft hätte, wenn die Kommission dem Antragsteller darin hätte zustimmen wollen, daß der Rang ein Inhaltsbestandteil der Rechte sei⁹⁴⁾.

c) Motive und Protokolle geben also keine deutlichen Auskünfte über die Rechtsnatur und begriffliche Erfassung des Rangs. Ebensowenig die übrigen Materialien zu den Rangregeln: Denkschrift zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs⁹⁵⁾, Denkschrift zur Grundbuchordnung⁹⁶⁾, Materialien zum Zwangsversteigerungsgesetz⁹⁷⁾.

92) Wenn Rang und Inhalt dem Wortlaut nach gegenübergestellt werden, drängt sich aber gerade die Schlußfolgerung auf, daß beide auch der Sache nach nichts miteinander zu tun haben.

93) Oben S. 2-4.

94) Auch von den Stimmen in Literatur und Rechtsprechung (S. 147 Fußn. 6), die Inhalt und Rang gleichsetzen, ist die Bemerkung in Prot. VI S. 556 nie als Indiz für ihre Ansicht gebracht worden (was aber wohl daran liegt, daß diese Stelle bislang übersehen wurde).

95) Denkschrift S. 120 - 122.

96) Denkschrift GBO, in GBO-Materialien S. 37, 54 f. Aus dem obiter dictum auf S. 37, der Rangvorbehalt beschränke das einzutragende Recht inhaltlich, ist wohl kaum zu entnehmen, daß der Rang zum Inhalt gehöre.

97) Bei Hahn-Mugdan S. 44 f., 80, 83, 85, 87 ff., 95, 115 - 118 finden sich Ausführungen zum geringsten Gebot und zum Deckungsprinzip. Die leitenden Gedanken bei den Überlegungen zum Rang sind aber vorwiegend wirtschaftlicher Natur. Auch den Ausführungen zur Prioritätseinräumung auf S. 117 f. ist lediglich zu entnehmen, daß die Vorrangseinräumung - und damit auch der Rang selbst - dingliche Wirkung entfaltet.

Hingegen ergibt sich aus den Materialien geradezu der Auftrag, deren wirtschaftliche Gedanken⁹⁸⁾ rechtstheoretisch zu verwirklichen. Expressis verbis wird das nur für die Rangänderung gefordert⁹⁹⁾. Die Rangänderung läßt sich jedoch nur dann erklären, wenn vorher die rechtliche Konstruktion des Rangs selbst herausgearbeitet worden ist¹⁰⁰⁾. Mithin folgt aus den Materialien mittelbar auch der Auftrag an die Wissenschaft, die Rechtsnatur des Rangs zu verdeutlichen.

D. Dabei darf freilich nicht lediglich abstrakt nach der Rechtsnatur bzw. dem Wesen des Rangs als einem beziehungslosen, im luftleeren Raum stehenden Phänomen gefragt werden. Vielmehr ist zu bedenken, daß die Rechtsnatur nur als summarischer Oberbegriff für die Gesamtheit der Ausstrahlungen des Rangs zu verstehen ist. Allein über eine funktionale Betrachtungsweise ist das Phänomen Rang in den Griff zu bekommen. Nur durch die Darstellung der konkreten Ordnungsaufgabe kann der Rang erklärt werden. Allein von seinem Standort in der Kollisionsproblematik bei Aufeinandertreffen der dinglichen Rechte läßt sich der Rang als zweckgebundenes Mittel der Rechtsordnung begrifflich verstehen. Und erst wenn die Wirkkraft des Rangs in den Einzelbeziehungen der verschiedenen Interessengruppen entwickelt und auf einen allgemeinen Grundsatz zurückgeführt ist, erst dann läßt sich zur "Rechtsnatur", zum "Wesen" des Rangs Stellung nehmen¹⁰¹⁾. Der Weg dahin kann nur über eine Untersuchung der Funktion des Rangs führen. Wobei die mate-

98) Insbesondere in Mot. III S. 230 ff. und Prot. III S. 92 ff. werden vorwiegend wirtschaftliche Erwägungen angestellt. Vgl. auch Schmitten S. 27, 29.

99) Prot. III S. 95.

100) Überhaupt hat sich der Streit um die Rechtsnatur des Rangs vorwiegend an der Frage der Rangänderung entzündet. Vgl. dazu auch Schmitten S. 24 ff.

101) Schon aus diesem Grunde ist es abzulehnen, den Streit um die Rechtsnatur als rein theoretisch und völlig überflüssig hinzustellen, wie es aber gelegentlich geschieht. Zumindest Zweifel an der Erheblichkeit der Rechtsnatur äußern etwa Baur § 17 A I 3 und Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1 a.

rielle Funktion - Regelung des Aufeinanderprallens mehrerer dinglicher Rechte - im Vordergrund stehen muß, wegen der besonderen Bedeutung des Rangs für die Rechtssicherheit aber auch die formelle Komponente (Rang als Ausfluß des strikten Bestimmtheitsgrundsatzes) nicht unerwähnt bleiben darf.

Den Rang Schritt für Schritt über seine beiden Komponenten materielle und formelle Funktion zu erklären, dieser Weg ist in der Literatur bisher noch nicht eingeschlagen worden. Rechtsprechung und Literatur behandeln beide Fragen allenfalls bruchstückhaft am Rande mit, das Thema ist noch keinesfalls dogmatisch restlos bewältigt. Einen Schritt in dieser Richtung zu tun, ist der Versuch dieser Arbeit. Neben der dogmatischen Ableitung des Rangs und seiner begrifflichen Abgrenzung mit der Herausarbeitung der Rechtsnatur sollen dabei stets auch die sich vielfältig berührenden Interessensphären der verschiedenen Grundpfandgläubiger, des Eigentümers und nicht zuletzt die Bedürfnisse der Allgemeinheit nach Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs dargestellt und aufeinander abgestimmt werden.

1. Teil: Die materielle Funktion des Rangs

A. Rang und Kollision der Rechte

- I. Die geltende Rechtsordnung eröffnet durchgehend die Möglichkeit, mehrere Rechte an einem Objekt zu bestellen. Im Schuldrecht folgt aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, daß beliebig viele Forderungen gegen denselben Schuldner bzw. sein Vermögen als Objekt begründet werden können. Solange die subjektiven Rechte aus den Forderungen nur latent existieren, wirkt es sich nicht aus, daß mehrere Forderungen bestehen. Die rein abstrakte Existenz der Rechte ist ein Gedankengebilde, das sich nicht an einem anderen stoßen kann, bevor der Berechtigte von der ihm damit verliehenen Machtstellung effektiv Gebrauch macht. Erst bei Geltendmachung der Forderung kann der Fall eintreten, daß wegen der Beschaffenheit des Objekts eine reibungslose Verwirklichung aller Rechte unmöglich ist, daß die volle Ausübung des einen Rechtes die des anderen beeinträchtigen würde. Wenn das Schuldnervermögen als Befriedigungsobjekt mangels Masse nicht für sämtliche Forderungen zugleich ausreicht, hindert die volle Befriedigung eines Gläubigers notwendigerweise die totale Befriedigung eines anderen.

Eine vergleichbare Situation kann im Sachenrecht entstehen. Es können beliebig viele Rechte an ein und derselben Sache bestellt werden. Insofern besteht keine Beschränkung, wie sich auch aus dem allgemeinen Rechtsgedanken ergibt, der den §§ 1136, 2. Altern., 137 S. 1 und Art. 117 I EGBGB zugrunde liegt¹⁾. Solange mehrere Rechte nur abstrakt im Raum nebeneinander stehen, ist die Lage problemlos. Das ändert sich, sobald die Rechtsinhaber von ihrer Machtstellung aus den subjektiven Rechten Gebrauch machen wollen. Und da die dinglichen Rechte durch das eine Zuordnungsobjekt, auf dem sie lasten, begrenzt sind und kein Rückgriff auf das sonstige Vermögen möglich ist, besteht hier erst recht die

1) Dazu bereits in der Einleitung S. 7 f.

Gefahr, daß sich nicht alle Rechte ungestört ausüben lassen.

Die Schaffung von mehreren subjektiven Rechten an einem Gegenstand beinhaltet stets die Möglichkeit, daß diese Rechte sich bei der Ausübung im Wege stehen und gegenseitig beeinträchtigen, daß die Gläubiger zwecks Verwirklichung ihrer Rechte vorgehen und dabei miteinander in Widerstreit zu geraten drohen. Wenn die Rechte aber dergestalt nebeneinander stehen, daß die Ausübung des einen zu einer Beeinträchtigung des (oder der) anderen führen kann, liegt eine Kollision der Rechte vor²⁾. Dahingestellt bleiben kann, ob dieses Zusammentreffen von subjektiven Rechten nicht als "Konkurrenz" im Gegensatz zu "Kollision" bezeichnet werden muß, wie das bisweilen geschieht³⁾. Dabei handelt es sich um eine sachlich weitgehend belanglose Frage der Terminologie⁴⁾. Der Streit um die subtile Abgrenzung der beiden Begriffe ist daher wenig ergiebig. Da es sich allerdings weitgehend eingebürgert hat, das Aufeinanderprallen von R e c h t e n mit dem Begriff "Kollision" zu umschreiben, soll auch in dieser Abhandlung am allgemeinen Sprachgebrauch festgehalten werden.

Zur Vermeidung von Irrtümern sollte die Bezeichnung als Konkurrenz, wie üblich, den Rechtslagen vorbehalten bleiben, in denen privatrechtliche A n s p r ü c h e in einem derartigen Verhältnis zueinander stehen, daß der eine den anderen im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt⁵⁾, oder sie ohne Einfluß aufeinander im Falle der Anspruchskonkur-

2) Daß eine solche nicht nur bei dinglichen Rechten, sondern auch bei Forderungsrechten möglich ist, hat de Boor (Kollision) eingehend und überzeugend begründet.

3) So namentlich Bock S. 7; O.v.Gierke I S. 321 f.; Endemann I S. 417 f. (noch strenger wurde die begriffliche Unterscheidung im Gemeinen Recht durchgeführt, s. etwa Baron S. 345; Dernburg - Sokolowski S. 69 Anm. 2; Koch I S. 72; Windscheid-Kipp S. 603 f.). Demgegenüber werden beide Begriffe meist ohne weiteres gleichgesetzt, s. insbesondere Breit S. 3; Dietz (Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Köln 1934) S. 17 ff.

4) Vgl. auch Schmiten S. 4.

5) Z.B. die Sperrwirkung des § 992 gegenüber §§ 823 ff.

renz⁶⁾ nebeneinander stehen⁷⁾. Dabei handelt es sich um eine aus dem objektiven Recht herzuleitende Frage der Normenkollision, die aber nicht mit dem hier zu behandelnden Fall verwechselt werden darf, in dem in der Dimension des Rechtstatsächlichen mehrere subjektive Rechte an einem Objekt zusammentreffen⁸⁾.

Gegenstand dieser Abhandlung ist nur die Kollision von Rechten unter den Voraussetzungen, daß (a) durch die Rechtsordnung mehrere Rechte verliehen sind (b) an eine Mehrheit von Personen und (c) diese Rechte in Widerstreit zu geraten drohen⁹⁾ dadurch, daß sie nicht reibungslos alle vollständig ausgeübt werden können. Gleichgültig ist, ob es sich um Rechte mit gleicher Stärke handelt¹⁰⁾, oder ob sie mit verschiedener Stärke ausgerüstet sind¹¹⁾: Auch bei gleicher Stärke untereinander (Gleichrang) werden die Rechte in der vollen Ausübung behindert, wenn das Objekt erschöpft ist, nur mit dem Unterschied, daß dann beide Rechte gegenseitig und gleich stark beeinträchtigt werden. Anhaltspunkt dafür sind auch §§ 1024, 1060, 1090 II, wo eine Regelung des Zusammentreffens von Rechten gleicher Kraft für erforderlich gehalten und damit davon ausgegangen wird, daß auch in diesen Fällen die Rechte bei ihrer Verwirklichung in Widerstreit geraten¹²⁾.

6) Z.B. das Verhältnis der Ansprüche aus p.V.V. zu §§ 823 ff.

7) Zu diesen Begriffsverwendungen allgemein vgl. Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, München 1968; vgl. auch Bruns JuS 1971, 221 ff.; Knetsch, Alfred: Das Verhältnis von Vertrags- und Deliktsrecht, Köln 1975.

8) Zur Unterscheidung Rechtskollision - Anspruchskonkurrenz vgl. auch Schmitten S. 2 f.

9) Vgl. auch Wittkowsky S. 14.

10) A.A. aber, d.h. eine Kollision nur bei Rechten gleicher Stärke annehmend, Mot. I S. 275; GBO-Mot., in: Entwurf GBO S. 89 f.; Schmitten S. 6; Biermann (Lehrbuch) S. 344 f.; Windscheid-Kipp S. 603 f.; v.Tuhr II 2 S. 571; Endemann I S. 417 f. Im älteren Recht Arndt S. 646; Kierulff S. 235.

11) Crome I S. 532; de Boor (Kollision) S. 13. Früher bereits Baron S. 345; Dernburg-Sokolowski S. 69; Regelsberger (Pandekten) S. 232; v. Wächter I S. 498.

12) Vgl. auch Koch (Diss.) S. 10.

Wenn die Privatrechtsordnung die Möglichkeit schafft, daß mehrere Rechte am selben Objekt mit der Gefahr der gegenseitigen Ausübungsbeeinträchtigung bestellt werden können, dann ist sie auch gezwungen, den nächsten Schritt zu vollziehen¹³⁾. Um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen entsteht der Rechtsordnung die Aufgabe, die Gefahr des unkontrollierten Zusammenprallens der Rechte zu beseitigen und die dadurch bedingten Probleme durch allumfassende Regeln zufriedenstellend zu lösen.

Bei den Forderungsrechten erledigt sich das Privatrecht dieser Aufgabe wenig überzeugend, indem es grundsätzlich nach dem Präventionsprinzip¹⁴⁾ die Befriedigung der Eigeninitiative der Gläubiger überläßt¹⁵⁾¹⁶⁾. Im Schuldrecht mag das noch angehen, da die Gläubiger i.d.R. zu ihrer Befriedigung auf das gesamte Vermögen des Schuldners zurückgreifen können. Und immerhin wird wenigstens im Konkurs die Befriedigung in geregelte Bahnen gelenkt und geht nach einer bestimmten Reihenfolge vor sich (§ 61 KO). Außerhalb des Konkurses finden sich allerdings nur vereinzelt Regeln über die Ordnung bei der Verwirklichung der Rechte im Falle der Beeinträchtigung anderer Rechte. Im Schuldrecht stehen z.B., kaum von praktischer Bedeutung, die Forderungen gemäß §§ 268 III 2; 426 II 2; 774 I 2 im Verhältnis des Vor- bzw. Nachgehens zueinander. Im Familienrecht ist etwa zwischen den verschiedenen Unterhalts-

13) Nach Wittkowsky S. 13 ist es "der letzte Zweck der Rechtsordnung selbst", die Abgrenzung des rechtlichen Dürfens und Sollens bei der Ausübungskollision zu regeln.

14) In der schärfsten Form in § 428 ausgeprägt.

15) Ausführlich de Boor (Kollision) S. 17 ff., 78 ff. und passim. Zu den Ausnahmen vom Präventionsprinzip und den dann denkbaren Lösungen: de Boor (Kollision) S. 42 ff. und passim.

16) Ebenso gilt im Verhältnis von schuldrechtlichem und dinglichem Anspruch das Präventionsprinzip (ausführlich de Boor, Kollision, S. 89 ff.). Ein Beispiel dafür gibt die Kollision der Herausgabeansprüche des Eigentümers und des Verpfänders gem. § 1254; der Pfandgläubiger wird grundsätzlich befreit, an wen er auch leistet (vgl. de Boor a.a.O. S. 93; Wolff-Raiser § 171 I 3e a.E.).

ansprüchen nach §§ 1607 II 2, 1709 II eine geordnete Beziehung geschaffen. Auch in Nebengesetzen findet sich da und dort verstreut eine bestimmte Regelung des Verhältnisses verschiedener Forderungen, so etwa in §§ 67 I 2 VVG; 118 S. 2 VVG; 87 a S. 2 BBG. Gerade an den vielerorts verstreuten Einzelregelungen ist zu erkennen, daß bei obligatorischen Rechten die Regelung des Zusammentreffens mehrerer Forderungen Stückwerk geblieben ist und grundsätzlich von einer festen Befriedigungsordnung nicht die Rede sein kann. Das zeigt sich besonders drastisch daran, daß die Verwirklichung sich beeinträchtigender Rechte im Extremfall sogar dem Zufallsentscheid durch Los überlassen ist (vgl. §§ 659 II 2, 752 S. 2).

Was im Obligationsrecht noch vertretbar erscheint, würde im Sachenrecht zu heillosen Verwirrung und Rechtsunsicherheit führen. Würde die Rechtsordnung schweigen und dem Präventionsprinzip das Feld überlassen, bräche der Rechtsverkehr weitgehend zusammen, da ein Gläubiger eines dinglichen Rechts - und damit Inhaber einer vermeintlich gesicherten und ungefährdeten Position - nicht darauf vertrauen könnte, auch tatsächlich befriedigt zu werden. Es könnte ihm passieren, daß er ein Recht an einem noch völlig unbelasteten Grundstück erworben hätte und gleichwohl durch den schnelleren Zugriff eines späteren Rechtserwerbers seinerseits nicht zum Zuge käme - obschon er doch seinerzeit bei Erwerb seines Rechts nicht damit rechnen konnte und auch nicht damit zu rechnen brauchte, durch eine weitere Belastung der Realisierbarkeit seines Rechtes beraubt zu werden. Er müßte jederzeit auf der Hut sein, daß ihm nicht ein anderer Berechtigter am selben Objekt zuvorkäme. Die Gefahr, selbst leer auszugehen, wäre groß, da ein Rückgriff auf andere Vermögensgegenstände nicht in Betracht käme. Angesichts dieser Unsicherheit fände sich wohl kaum jemand bereit, sich ein dingliches Recht an einer Sache bestellen zu lassen als Sicherung einer von ihm zu gewährenden, davon abhängig gemachten Gegenleistung. Um der damit drohenden Lähmung des Rechtslebens vorzubeugen, mußte die Rechtsordnung ein Institut schaffen, welches die Situation be-

reinigt, wenn auf denselben Gegenstand gerichtete dingliche Rechte bei ihrer Verwirklichung in Widerstreit zu geraten drohen. Entledigt hat sich die Sachenrechtsordnung dieser Aufgabe mit Hilfe des Rangs. Dieser soll im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens eine klare Reihenfolge in der Ausübung der Rechte schaffen. Der ungezügelter Wettlauf der Gläubiger soll durch Schaffung einer strengen Rangordnung in geregelte Bahnen geleitet werden, in die geregelten Bahnen der Bevorzugung des einen Rechts vor dem anderen in der Verwirklichung (Vorrang- Nachrangverhältnis) oder der Gleichsetzung der Rechte dergestalt, daß jedes im Hinblick auf das andere eine Einschränkung in der Ausübung hinnehmen muß (Gleichrangverhältnis). Aufgabe des Rangs ist es, die Konfliktsituation mehrerer Rechte zu lösen, die am selben Gegenstand bestehen und auf das gleiche Ziel gerichtet sind (Befriedigung aus dieser Sache). Das Zusammentreffen eines Rechts mit anderen muß so geartet sein, daß die **A u s ü b u n g** des einen Rechtes zu einer Beeinträchtigung des anderen führen kann. Das abstrakte Nebeneinanderbestehen der Rechte genügt nicht. Der Begriff der Rechtskollision impliziert als wesensnotwendiges Moment die **A u s ü b u n g** der Rechte. Die Behebung der Kollision erfolgt durch Rangnormen. Die Rangnormen sind Kollisionsnormen, die die **A u s ü b u n g** mehrerer Rechte regeln, deren Ausübung kollidieren könnte. Rangnormen sind Ausübungsschranken zur Regelung der Kollision bei der Rechtsausübung. Der Rang eines Rechtes gibt an, in welchem Umfang ein Recht im Verhältnis zu einem anderen ausgeübt werden darf, ob es vor, nach oder neben diesem Recht ausgeübt werden kann¹⁷⁾.

17) Besonders deutlich in dieser Richtung Hirsch S. 26 ff., 32-34; auch S. 18 ff., 43 f., 219 und passim. - Vgl. aber auch Bock S. 2 ff., der Bedenken gegen das Verständnis vom Rang als Problem der **A u s ü b u n g** der Rechte anmeldet. - S. auch de Boor (Kollision) S. 12, der meint, daß zwischen Kollision der **R e c h t e** und der **A u s ü b u n g** überhaupt nicht zu unterscheiden sei, da die Funktion der Rechte gerade in der Ausübung bestehe.

Bereits die Motive gehen davon aus, daß der Rang ein Problem der A u s ü b u n g der Rechte bildet. Das ergibt sich schon systematisch daraus, daß dort¹⁸⁾ zur Rangordnung der Rechte in einem Anhang über "Die Rechte im Allgemeinen"¹⁹⁾ Stellung bezogen wird, und zwar im Anschluß an und in sachlicher Fortsetzung des Kapitels "A u s ü b u n g der Rechte"²⁰⁾. Und auch sonst²¹⁾ schimmert in den Materialien mit der gleichen Tendenz mehrfach durch, daß der Rang der Regelung der "Verwirklichung" der Rechte dient.

Ein weiterer Anhaltspunkt dafür, daß der Rang der Ausübung der Rechte dient, ist aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst zu entnehmen. Die Fassung des § 1024 lautet: "Trifft eine Grunddienstbarkeit mit ... einem sonstigen Nutzungsrecht ... dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte ... eine Regelung der Ausübung verlangen". Diese Verbindung von "Rang" und "Ausübung" der Rechte gibt zu erkennen, daß auch das Gesetz nicht von einer Kollision der R e c h t e selbst, sondern erst der R e c h t s a u s ü b u n g ausgeht.

Dabei handelt es sich nicht etwa um einen Ausnahmefall gerade bei der Grunddienstbarkeit. Denn zum einen verweist das Gesetz selbst in §§ 1060 und 1090 II direkt auf § 1024, so daß der Gedanke zumindest unmittelbar für sämtliche Dienstbarkeiten gilt. Und zum anderen sind nicht nur die Dienstbarkeiten, sondern einheitlich sämtliche Grundstücksrechte ihrer Funktion nach darauf angelegt, nicht nur abstrakt im Raum zu stehen, sondern irgendwie geltend gemacht zu werden. Entsprechendes wie für die Dienstbarkeiten muß dann auch für die übrigen Rechte gelten, die auf andere Weise mit Leben ausgefüllt werden, nämlich insbesondere durch Befriedigung aus dem Grundstück durch Verwertung des-

18) Mot. I S. 275 ff.

19) So die Marginalie in Mot. S. 271.

20) Mot. I S. 273 - 275.

21) S.o. in der Einleitung.

selben. "Ausübung" ist demnach in diesem Zusammenhang zu verstehen als Sammelbegriff für die allen Rechten gemeinsame Realisierung, die Betätigung der mit dem Recht verliehenen Macht. Der Rang dient generell der Regelung des Wettbewerbs um die Verwirklichung der Rechte. Zu diesem Zweck hat ihn der Gesetzgeber geschaffen.

In der früheren Lehre wurde mitunter nicht in aller Deutlichkeit erkannt, daß der Rang der Regelung des Wettlaufs der am dinglichen Recht Berechtigten dient. So gelangte etwa Kierulff²²⁾ zur Erkenntnis, daß die Auflösung einer Kollision nicht von besonderen juristischen Grundsätzen zu erwarten sei, vielmehr von der bloß f a k t i s c h e n Z u f ä l l i g k e i t zuerst erfolgter Befriedigung abhängen. Damit übersieht er, daß im Sachenrecht das allgemeine Präventionsprinzip gerade durch das Prioritätsprinzip als besonderen juristischen Grundsatz verdrängt ist. Eine ähnliche Verkennung der strengen Zweckgebundenheit des Rangs findet sich auch noch gelegentlich unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches, wenn von "rein begrifflichem" Vorrang des stärkeren Rechts gesprochen und für den Fall des Vorrangs besondere Normen über die Kollision für nicht erforderlich gehalten werden²³⁾. Die "besonderen Normen" zur Regelung der Kollision sind gerade darin enthalten, daß dem einen Recht der Vorrang vor dem anderen gegeben wird. Die Rangnormen selbst sind Kollisionsnormen²⁴⁾.

Als erster Schritt auf dem Weg zur Eingrenzung der materiellen Funktion des Rangs ist somit festzustellen: Sinn und Zweck des Rangs besteht darin, die Situation zu bereinigen,

22) S. 236 (er legt allerdings einen etwas abweichenden Kollisionsbegriff zugrunde).

23) Mot. I S. 275; ähnlich Biermann (Lehrbuch) S. 344 f.; Windscheid-Kipp S. 604; v. Tuhr II 2 S. 571.

24) S. etwa Wussow S. 18; Hirsch S. 33 f.; vgl. auch Bock S. 2 ff.

wenn mehrere dingliche Rechte am selben Gegenstand dergestalt aufeinanderprallen, daß sie bei ihrer Ausübung²⁵⁾ in Widerstreit geraten können. Standort des Rangs ist die so geartete Kollision der Sachenrechte²⁶⁾.

II. Mit der Erkenntnis, daß der Rang die Kollision der Rechte regelt, ist noch nicht geklärt, wie er das bewirkt. Denkbar sind zwei Gestaltungsmöglichkeiten: Der Rang kann von vornherein verhindern, daß tatsächlich eine Kollision bei Zusammentreffen der Rechte eintritt; oder er kann erst eine Stufe später eingreifen und lediglich bestehende Kollisionen bei der Ausübung der verschiedenen Rechte lösen²⁷⁾.

Dabei handelt es sich nicht um eine sachlich belanglose Frage der Terminologie, auf deren Beantwortung verzichtet werden könnte. Denn die Einzelwirkungen des Rangs müssen davon abhängen, ob eine Kollision bereits vermieden oder erst gelöst wird; im ersten Falle könnte eine weitere gegenseitige Beeinträchtigung der Rechte von vornherein nicht in Betracht kommen, während bei der alternativen Gestaltungsmöglichkeit die vielfältig sich überschneidenden Herrschaftsbefugnisse aus den verschiedenen dinglichen Rechten noch näher aufeinander abgestimmt werden müßten. Und gerade

-
- 25) Früher wurde häufig herausgestellt, daß der Rang die Kollision bei der Ausübung der Rechte regeln soll (neben Hirsch, S. 26 ff., 32-34 und passim insbesondere Crome I § 121, 2; Windscheid-Kipp § 121; Dernburg (Allgemeine Lehren) § 44; de Boor (Kollision) S. 12 f.). Heute wird kaum noch auf diese Frage eingegangen. Allenfalls daran ist es noch zu erkennen, daß der Rang in der Literatur meist im sachlichen Zusammenhang mit der "Ausübung" der Rechte behandelt wird; so erörtern etwa Enneccerus-Nipperdey II § 239 II den Rang im Kapitel "Art, Umfang und Grenzen der Rechtsausübung".
- 26) Zur gesamten Problematik Rang - Kollision vgl. auch Dernburg a.a.O.; Crome I § 121; v. Tuhr II 2 § 94; Kohler § 54; Bock S. 2 ff.; Wittkowsky S. 82 ff. und passim.
- 27) In der Literatur finden sich für beide Ansichten Vertreter. Die meisten Autoren gehen der Frage jedoch nicht weiter nach und begnügen sich mit der Feststellung, daß zwischen Rangordnung und Kollision der Rechte irgendwie ein Zusammenhang besteht, s. etwa Enneccerus-Nipperdey II § 239 II. Andere wiederum schreiben dem Rang sogar beide Wirkungen zu, eine Kollision sowohl zu lösen als auch zu vermeiden (z.B. Endemann S.50).

für die Abklärung der Rechtsnatur des Rangs ist die Erörterung dieser Problematik unerläßlich²⁸⁾. Gerade die dafür wesentliche Beziehung des Rangs zur Dinglichkeit der Rechte ergibt sich nur daraus, ob eine Kollision vermieden wird dadurch, daß die sachenrechtlichen Herrschaftsbefugnisse von vornherein an jeden Berechtigten qualitativ verschieden, ohne Überschneidungsmöglichkeit vergeben werden, oder ob die dinglichen Machtbefugnisse qualitativ gleich und vielfältigt sind und wegen ihrer Überschneidung noch in Einklang gebracht werden müssen.

Aus dem Wesen der Rangnormen als Kollisionsnormen wird mitunter der Schluß gezogen, daß bereits die *V e r m e i - d u n g* einer Kollision zum Begriff des Rangs gehöre²⁹⁾. Die Rangnormen sind zwar besondere juristische Behelfe, die das Aufeinanderprallen verschiedener Rechte zu regeln haben. Daraus kann aber nicht *z w i n g e n d* der Schluß gezogen werden, daß eine Kollision bereits *v e r h i n - d e r t* werde. Denn die allgemeine Funktion der Rangnormen als Kollisionsnormen kann nicht herangezogen werden, wenn es gerade darum geht, diese allgemeine Funktion dahingehend zu präzisieren, ob die Kollision nun dergestalt geregelt wird, daß sie verhindert oder erst gelöst wird.

Auf diesem Wege ist mithin nicht zu einem Ergebnis zu kommen. Die Lösung kann sich vielmehr nur aus dem Verhältnis des Rangs zur Beschaffenheit der Dinglichkeit der Rechte ergeben. Stellt man sich mit der herrschenden Meinung, was das Wesen der Dinglichkeit der begrenzten Sachenrechte angeht, auf den Boden der Eigentumssplittertheorie, führt das zwangsläufig zum Ergebnis, daß der Rang die Kollision von vornherein verhindert. Wenn vom Eigentum bestimmte Befugnisse abgesondert, abgespalten und auf einen Berechtigten übertragen werden, können diese vom Eigentümer nicht noch-

28) Namentlich für die Frage, ob der Rang, wie vielfach behauptet wird, als "gesetzliche Folge der Dinglichkeit" der Rechte zu verstehen ist.

29) Schmitten S. 11 - 15.

mals an einen weiteren beschränkt dinglich Berechtigten übertragen werden. Infolgedessen ist es auch unmöglich, daß die verschiedenen dinglich Berechtigten sich untereinander irgendwie beeinträchtigen können. Jeder weitere Berechtigte bekommt nur das aus dem Mutterrecht, was der drühere dinglich Berechtigte ihm aus den Herrschaftsbefugnissen noch übrig gelassen hat. Jedes einzelne Tochterrecht bildet ein eigenes Stück aus dem Eigentum mit seinem eigenen Herrschaftsbereich, der sich mit dem des anderen in keiner Weise überschneiden kann.

Folgt man hingegen der davon abweichenden Theorie der quantitativen Teilung, der Vervielfältigung der Rechte, kann es Aufgabe des Rangs nur sein, bestehende Kollisionen zu l ö s e n . Unter dieser Prämisse hat jeder dinglich Berechtigte nicht ein qualitativ anderes Stück an Befugnissen aus dem Eigentum, sondern die gleichen Befugnisse, die sich bei ihrer Ausübung stören können. Die dadurch entstehenden Beeinträchtigungen soll der Rang in geregelte Bahnen lenken, d.h. er soll die bestehenden Kollisionen lösen.

Was die dogmatische Erklärung für die Entstehung der beschränkten dinglichen Rechte anbelangt, steht die weitaus h.M.³⁰⁾ auf dem Standpunkt, daß diese als Tochterrechte aus

30) Aus der Vielzahl der Stimmen in der kaum übersehbaren Literatur seien als Vertreter der Eigentumssplittentheorie nur genannt: O.v.Gierke II S. 359 (von ihm stammt wohl auch der Begriff "selbständige Eigentumssplitter"); v.Tuhr II 1 S. 63 ff.; Siebert S. 242 ff.; J.v.Gierke § 23 I 2; Wolff-Raiser § 51 III u. § 147 I 1; Heck S. 79 f.; Sottung S. 37 ff.; Enneccerus-Nipperdey I § 79 A I 1 (aber nicht widerspruchsfrei, da a.a.O. auch behauptet wird, daß das Eigentum durch das beschränkte Recht nichts von seinen Befugnissen verliere); Westermann § 28 II 3; Erman-Westermann Rdn. 3 vor § 903; Teichmann S. 26; Rahn BWNöZ 1958, 2; Wolf S. 25 u. 268 neuestens M.Wolf Rdn. 9. Wohl auch Hesse DFG 1938, 87; Soergel-Baur § 903 Rdn. 19. - Am nachdrücklichsten hat sich wohl Krückmann für diese Konstruktion eingesetzt (AcP 103, 139 - 377 u. ArchBürgR 41, 338-364). Weitere Nachweise zur älteren Literatur bei Hirsch S. 204; zum neueren Stand bei Grunsky S. 3 f. Fußn. 10.

dem Eigentum als Mutterrecht abgezweigt werden und aus dessen Stoff durch Abspaltung eines selbständigen Teils geschaffen werden³¹⁾³²⁾. Soweit überhaupt der Versuch einer Begründung gemacht und diese Konstruktion nicht als selbstverständlich vorausgesetzt wird, stützen sich diese Autoren vornehmlich auf den althergebrachten rechtslogischen Grundsatz "nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet"³³⁾. Wohl in Anlehnung an die Überlegungen in den Motiven³⁴⁾, die diesen Gedanken aufgreifen, wird die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechtes als Veräußerung von Befugnissen aus dem Eigentum gewertet und die Rangordnung nach dem Altersgrundsatz damit erklärt, daß der Eigentümer eine einmal bereits vergebene Befugnis nicht noch einmal vergeben könne³⁵⁾. Der Grundsatz, niemand könne mehr Rechte übertragen, als er selbst hat, wird in diesem Rahmen also dergestalt verstanden, daß der Eigentümer durch die Eigentumsbelastungen jeweils einen anderen Teil seiner Befugnisse überträgt und damit ein für allemal absondert, abspaltet. Im übrigen mag der Splitterkonstruktion unterschwellig auch der Gedanke zugrunde liegen, daß für das dingliche Recht im Unterschied zur schuldrechtlichen Forderung als Zeichen der engen Zuordnung gerade die ausschließliche Herrschaftsgewalt charakteristisch ist³⁶⁾. Von dieser Überlegung aber scheint es nicht mehr weit zur Schlußfolgerung zu sein, daß daher auch jedem dinglich Berechtigten ein eigenständiger Herrschaftsbereich zugewiesen ist, in dem ihn kein anderer ebenfalls an der Sache Berechtigter stören kann.

31) Die Problematik ist nicht neu. Nachweise zum früheren Versuch, diesen deutschrechtlichen Gedanken auch ins Römische Recht zu übertragen bei O.v.Gierke II S. 359 Fußn. 38 und bei Hirsch S. 203 f. Fußn. 1. Gegen den Teilungsgedanken im gemeinen Recht etwa Windscheid-Kipp § 200 Fußn. 3 (m.w.N. über den Streitstand). Zum Teilungsgedanken in der geschichtlichen Entwicklung s. auch Heck S. 79 ff.

32) Rechtsvergleichend zum Teilungsgedanken Gieseke, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, 2. Band, Berlin 1929, S. 426 ff.

33) Ulpian, Digesten I 17,54.

34) Mot. I S. 275; Mot. III S. 225.

35) Rahn BWNotZ 1958, 2; vgl. auch Grunsky S. 2 f. m.w.N.

36) Vgl. Mot. III S. 2.

Die Berufung auf den Grundsatz "nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet" erscheint jedoch bereits deshalb bedenklich, weil dieses Prinzip wohl eher im Zusammenhang mit dem Erwerb vom Nichtberechtigten zu sehen ist. Und wie sich später noch zeigen wird, verlangt auch der Gedanke der ausschließlichen Herrschaft nicht zwingend nach der Eigentumssplittertheorie. Auf diese Gesichtspunkte braucht aber nicht näher eingegangen zu werden. Denn eine abschließende Antwort auf die Frage nach der konstruktiven Entstehung der begrenzten Sachenrechte ergibt sich erst aus einem Blick auf die zwingenden Auswirkungen der beiden Theorien: Könnte die Eigentumssplittertheorie Geltung beanspruchen, müßten zum einen dem Eigentümer bestimmte Befugnisse genommen werden (wegen der qualitativen Abspaltung), zum anderen dürften sich auch die Befugnisse der verschiedenen beschränkt dinglich Berechtigten nicht überschneiden, da ja jeder von ihnen einen eigenständigen Herrschaftsbereich erlangt hätte. Eine solche Konstruktion mit derartigen Konsequenzen ist zwar theoretisch denkbar und auch vertretbar. Da die Struktur der beschränkten dinglichen Rechte der Rechtsordnung nicht vorgegeben ist, kann jedoch auch die entgegengesetzte Position der Vervielfältigung der Rechte nicht von vornherein verworfen werden. - Einer allgemeingültigen Festsetzung eines Prinzips in der einen oder anderen Richtung hat sich der Gesetzgeber enthalten. Für welche Lösung er sich entschieden hat, ist daher nur aus einer Gesamtwertung der Einzelregeln über die einzelnen Wirkungen der beschränkten dinglichen Rechte zu entnehmen, aus denen eine allgemeine Linie zu entwickeln ist³⁷⁾.

37) Wobei die rein begriffliche Ableitung (S. 31 ff.) in Einklang steht mit der historischen Entwicklung und der wirtschaftlichen Interessenlage (S. 41 ff.).

1. Dabei ist besonders auf die Ausgestaltung der Fahrnis- und Forderungspfandrechte zurückzugreifen, da die verschiedenen daraus fließenden Befugnisse vom Gesetzgeber eine besonders sorgfältige Regelung erfahren haben. Bei der Untersuchung, ob die Befugnisse der verschiedenen Berechtigten unterschiedlich geartet sind, scheint sich zunächst aus § 1290 BGB ein Anhaltspunkt für die Eigentumssplittertheorie zu ergeben. Denn danach hat nur der vorgehende Pfandrechtsinhaber das Einziehungsrecht der Forderung. Diese Vorschrift fällt aber, wie noch zu zeigen ist, völlig aus dem Rahmen der übrigen Regelungen. Sie ist wegen der besonderen Gefährdung des Pfandrechtsinhabers bei einem Forderungspfandrecht geschaffen worden³⁸⁾ und muß daher als eine den Ausnahmefall betreffende Spezialregelung angesehen werden, weshalb sie gerade wegen ihres Ausnahmecharakters eher den Umkehrschluß nahelegt, daß ansonsten, als Regelfall, die Befugnisse aller am selben Gegenstand dinglich Berechtigten gleich sind³⁹⁾.

Ähnlich verhält es sich mit der Regelung in §§ 1150, 268 I 1. Danach hat der nachstehende Grundpfandgläubiger⁴⁰⁾ ein Ablösungsrecht, wenn er Gefahr läuft, sein Recht wegen Vollstreckungsmaßnahmen eines Vorstehenden zu verlieren. Daraus könnte der Gedanke zu entnehmen sein, daß sogar der Nachrangige gegenüber dem Vorberechtigten mit besonderen Rechten ausgestattet sei, ihm also qualitativ andere Rechte als dem Vorberechtigten zuständen. Die Tendenz auch dieser Vorschriften unterstützt jedoch eher die Gegenansicht. Denn durch ihre Ausgestaltung wurde dem Nachstehenden gerade zu

38) Dazu Hirsch S. 315; im übrigen ist nach Hirsch S. 316 § 1290 ohnehin einschränkend auszulegen.

39) Eingehend und überzeugend Grundsky S. 14 f. m.w.N. (auch der Gegenansicht).

40) Nur der Nachrangige kommt überhaupt als Ablösungsberechtigter in Betracht, s. RGZ 146, 317 ff.; KG JW 1934, 2793.

seinem Schutz vor sonst drohendem Verlust des Rechts⁴¹⁾ die Möglichkeit geschaffen, die Zwangsvollstreckung abzuwenden. Damit wurde ihm durch Gewährung eines zusätzlichen Rechtsbehelfs nur eine Benachteiligung gegenüber dem Vorstehenden abgenommen. Zum Zwecke der Absicherung seiner Rechtsstellung wurde für ihn lediglich ein Ausgleich geschaffen und er insoweit dem Vorgehenden gegenüber g l e i c h gestellt. Das folgt auch noch daraus, daß in § 268 III 2 andererseits eine Benachteiligung des Vorstehenden ausdrücklich verboten wird - womit die Leitlinie des Gesetzes zum Ausdruck kommt, Vor- und Nachstehenden qualitativ mit gleichen Herrschaftsbefugnissen auszustatten⁴²⁾.

Ebensowenig ergibt sich aus § 1242 II 2 ein Argument für ungleiche Rechte von verschiedenen beschränkt dinglich Berechtigten. Nach dieser Vorschrift wirkt sich die Verwertung eines Pfandobjekts durch Veräußerung dergestalt aus, daß sämtliche Rechte Dritter an der Pfandsache grundsätzlich erlöschen; eine Ausnahme gilt aber für den Nießbrauch, sofern er allen Pfandrechten im Range vorgeht. Insoweit wird also der an erster Stelle stehende Nießbrauch gegenüber den anderen Rechten in gewisser Weise bevorzugt. Dabei geht es jedoch nicht um die sich aus dem Nießbrauch ergebenden dinglichen Herrschaftsbefugnisse, sondern um die davon zu unterscheidende Frage des Bestehenbleibens bzw. Untergangs der Rechte. Und im übrigen ist die gesetzgeberische Anordnung auch ausdrücklich auf den Nießbrauch beschränkt, was den Ausnahmecharakter dieser Vorschrift erkennen läßt; sie ist begründet im Wesen des Nießbrauchs als Nutzungsrecht, das insoweit nicht mit den anderen begrenzten dinglichen Rechten vergleichbar ist, die von vornherein auf Verwertung durch Umsetzung der Pfandsache in Geld angelegt sind.

41) Vgl. RGZ 91, 297 (303); 123, 338 (340); OLG Celle OLGRspr. 42, 40 (41).

42) Entsprechendes wie für §§ 1150, 268 hat auch für § 1249 zu gelten.

2. Nachdem somit einige gesetzliche Regelungen nur scheinbar für ungleiche Rechte der verschiedenen dinglich Berechtigten (und damit für die Eigentumssplittertheorie) sprachen, muß sich am Verhältnis des Eigentümers zum (erstrangigen) beschränkt dinglich Berechtigten zeigen, ob das Mutterrecht mit Bestellung eines Tochterrechts qualitativ etwas von seinen Herrschaftsbefugnissen durch Abspaltung verliert - oder ob deren dingliche Machtbefugnisse vervielfältigt vorhanden sind und sich überschneiden. Wenn im Verhältnis Eigentümer - Erstberechtigter die Herrschaftsbefugnisse vervielfältigt sind, wirkt sich das auch auf das Verhältnis der beschränkt Berechtigten untereinander aus. Die Tochterrechte entstehen dann aus dem Mutterrecht nicht durch Übertragung von Teilen des Mutterrechts selbst, sondern durch Übertragung der vervielfältigten Herrschaftsbefugnisse. Der Eigentümer hat dann die dinglichen Machtbefugnisse nicht dergestalt an den Erstberechtigten abgespalten, daß er dem Zweitrangigen nur noch *d i e* Befugnisse übertragen könnte, die der Rangbessere übrig gelassen hat. Sondern er kann die gleichen qualitativen Herrschaftsbefugnisse nochmals an den Zweitberechtigten veräußern.

Daß der Eigentümer durch die Bestellung einer Belastung in der Tat nichts von seinen dinglichen Herrschaftsbefugnissen verliert, resultiert schon aus seiner unveränderten Veräußerungsbefugnis hinsichtlich des belasteten Grundstücks. Im Rechtsgedanken des § 1136, 1. Altern. ist dieses Recht festgehalten, und gemäß §§ 23 ZVG, 135 f. BGB kann der Eigentümer sogar noch nach der Beschlagnahme sein Grundstück weiterveräußern. Gleichzeitig kann aber auch der Inhaber einer Hypothek⁴³⁾ über die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen auf die Veräußerung des Grundstücks hinwirken. Die Ausübung der Veräußerungsbefugnis durch den Pfandgläubiger ist durch die Normen über das Immobilien-

43) Und zwar nicht nur der Erstrangige, sondern unterschiedlos *j e d e r* Grundpfandgläubiger hat die Möglichkeit, die Zwangsversteigerung zu betreiben.

zwangsvollstreckungsverfahren zwar stark verschleiert. Das besondere Verfahren nach dem ZVG ist jedoch nur aus rechtspolitischen Zweckmäßigkeitsgründen umfassender amtlicher Mitwirkung und Kontrolle unterworfen; es bildet nur die so formalisierte Ausübung der Veräußerungsbefugnis durch den betreibenden Gläubiger. Ohne dessen Initiative kommt es nicht zum amtlichen Verfahren; der Gläubiger übt seine Veräußerungsbefugnis gerade durch die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens aus. In der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ist somit eine Veräußerung durch den Hypothekengläubiger zu sehen⁴⁴⁾⁴⁵⁾.

Deutlicher noch als beim Grundpfandrecht ist die Vervielfältigung der Befugnisse an verschiedenen Einzelnormen im Fahrnispfandrecht und in sonstigen Mutter-Tochterrechtsbeziehungen⁴⁶⁾ zu erkennen:

Beim Pfandrecht an Forderungen steht sowohl dem Forderungsgläubiger (Mutterrechtsinhaber) als auch zugleich dem Pfandgläubiger (Inhaber des Tochterrechts) das Kündigungsrecht zu (§ 1283 III). Nach § 1281 ist der Forderungsgläubiger ebenso wie der Pfandgläubiger befugt, vor Pfandreife Leistung zu verlangen⁴⁷⁾. Aus § 1276 ist schließlich als Grundsatz zu entnehmen, daß der Verpfänder an sich weiter veräußerungsbefugt über das Recht ist⁴⁸⁾, während doch

44) Vgl. Hirsch S. 336 ff. (mit Übersicht über den Streitstand), der den Gedanken einer *V e r ä u ß e r u n g* durch den Hypothekengläubiger in aller Schärfe entwickelt hat.

45) Noch deutlicher ist das beim Pfandrecht an beweglichen Sachen zu erkennen. Auch der Fahrniseigentümer kann nicht an der Veräußerung der verpfändeten Sache gehindert werden, während gleichzeitig auch die Pfandgläubiger veräußerungsbefugt sind, indem sie gemäß §§ 1228, 1233 ff. sogar im Wege des Selbstbetriebes die Pfandsache verkaufen können.

46) Die Heranziehung von Rechtsbestellungen in anderen Bereichen als dem der Grundstücksbelastungen muß deshalb gestattet sein, weil jede abgeleitete Rechtsstellung nach einem gleichen Konstruktionsprinzip entsteht.

47) Allerdings von Krückmann AcP 103, 348 ff. bestritten. Am klaren Wortlaut der Vorschrift, die einer abspaltenden Übertragung der Befugnisse auf nur *e i n e n* Berechtigten entgegensteht, ist jedoch nicht vorbeizukommen. Vgl. Hirsch S. 322 f.

48) Staudinger-Spreng § 1276 Rdn. 1.

andererseits auch der Pfandgläubiger nach § 1276 Befriedigung aus dem Rechte suchen kann und damit ebenfalls verfügungsbefugt ist. Und gemäß § 1287 steht sowohl dem Forderungsgläubiger als auch dem Pfandgläubiger die Befugnis zu, den Leistungsgegenstand zu erwerben.

Des weiteren geht das Gesetz in §§ 1020, 1023 I 1 von einer Vervielfältigung der Rechte des Eigentümers und des Inhabers der Grunddienstbarkeit aus. Eine besondere Verpflichtung des beschränkt Berechtigten zur Rücksichtnahme auf die Eigentümerinteressen erschiene entbehrlich, wenn er die Herrschaftsbefugnisse des Eigentümers ohnehin nicht berühren könnte. Erst die auch dem Eigentümer weiterhin verbliebene Sachzuordnung (mit Ausübungsmöglichkeit) zwingt zur besonderen Regelung der vervielfältigten und sich überschneidenden Herrschaftsbefugnisse in einer besonderen gesetzlichen Regelung.

Besonders deutlich zeigt sich eine Vervielfältigung der Befugnisse beim Fahrnispfand in der Tatsache, daß nach einhelliger Ansicht⁴⁹⁾ auch dem Eigentümer weiterhin der Vindikationsanspruch zusteht; so daß im Ergebnis sowohl ihm als auch dem beschränkt Berechtigten⁵⁰⁾ gegenüber Dritten der Herausgabeanspruch gewährt ist. Wenn aber einerseits Vertreter der h.M. sich auf den Boden der Eigentumssplittentheorie stellen⁵¹⁾, andererseits aber vervielfältigte Vindikationsansprüche annehmen⁵²⁾, ist ihnen doch zumindest der Vorwurf der Inkonsequenz zu machen. Denn beide Thesen lassen sich nicht miteinander vereinbaren. Sofern der Herausgabeanspruch als eine (sogar wesentliche) der dinglichen

49) So z.B. Siebert S. 245; Enneccerus-Nipperdey I § 79 A I 1; Staudinger-Seufert Vorbem. 18 vor § 903. Zahlreiche Nachweise zur älteren Literatur bei Hirsch S. 220 Fußn. 1; zum neueren Meinungsstand bei Grunsky S. 11 Fußn. 41.

50) Da auch der dingliche Herausgabeanspruch unter die Rechte des Pfandgläubigers aus § 1227 fällt, vgl. dazu etwa Staudinger-Spreng § 1227 Rdn. 1; RG Recht 1908 Nr. 3427; BGH WPM 1956, 160.

51) Etwa Enneccerus-Nipperdey I § 79 A I 1; v.Tuhr II 1 S. 63.

52) Z.B. Enneccerus-Nipperdey a.a.O.; v.Tuhr II 1 § 45 Fußn. 83.

Herrschaftsbefugnisse abgespalten ist, kann er nicht weiterhin (auch) dem Eigentümer zustehen⁵³⁾.

Geht man von der Vervielfältigung der Vindikationsansprüche⁵⁴⁾ aus, dann müssen konsequenterweise auch die sonstigen in § 1227 erfaßten Ansprüche aus dem Eigentum gegenüber Dritten (z.B. § 1004)⁵⁵⁾ mehrfach und sich überlappend, sowohl dem Eigentümer als auch dem Pfandgläubiger gegeben sein. Entsprechendes hat dann auch in den sonstigen Fällen zu gelten, in denen beschränkt dinglich Berechtigten Ansprüche wie einem Eigentümer gewährt werden (§§ 1965; 11 I 1, 2. Altern. ErbbauRVO).

Und schließlich hat das Gesetz sogar in der grundlegenden Norm über die Befugnisse des Eigentümers (§ 903) die Vervielfältigung der Rechte zugrunde gelegt⁵⁶⁾. Da unter die "entgegenstehenden Rechte" i.S.d. § 903 unstreitig auch die beschränkten dinglichen Rechte fallen⁵⁷⁾, geht auch diese Vorschrift von einer Überschneidung der Befugnisse aus. Würde es sich bei ihnen nur um Abspaltungen handeln, könnten sie nämlich überhaupt nicht mehr "entgegenstehen". Eine Beeinträchtigung wäre dann von vornherein ausgeschlossen, so daß es insoweit der ausdrücklichen Einschränkung

53) Vgl. Grunsky S. 11-14 mit ausführlich begründeter Ablehnung der Gegenansicht (namentlich Krückmann AcP 103, 267 ff. und ArchBürgR 41, 350 ff.; Siebert S. 245; Scherk IherJb. 67, 317 f.), die sich auf gekünstelte Konstruktionen beruft.

54) Nach der hier vertretenen Ansicht wird diese Kollision schon deshalb nicht vom Rang geregelt, weil das Eigentum in keinem Rangverhältnis zum beschränkten dinglichen Recht steht (s.u. S. 57 ff.). Zu lösen ist diese Kollision wohl aus dem Prinzip des § 986 danach, daß der Eigentümer Herausgabe nur an den Pfandgläubiger verlangen kann, weil dieser auch ihm gegenüber zum Besitz berechtigt ist.

55) Vgl. Erwin Schultz (Die Pfandansprüche nach § 1227 des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Leipzig 1904) S. 67 ff.; S. 73 ff. und S. 79 ff. zu weiteren Ansprüchen des Pfandgläubigers.

56) So auch Grunsky S. 18.

57) Vgl. etwa Staudinger-Seufert § 903 Rdn. 18.

"soweit nicht ..." im Wortlaut des § 903 gar nicht mehr bedurft hätte⁵⁸⁾.

3. Die Untersuchung des Verhältnisses Mutter-Tochterrecht hat somit ergeben, daß in einer ganzen Reihe von verschiedenen Vorschriften die allgemeine Leitlinie der Sachenrechtsordnung zum Ausdruck kommt: Beide haben die gleichen Herrschaftsbefugnisse, die damit vervielfältigt vorhanden sein müssen. Wenn dem Eigentümer aber mit Bestellung e i n e r Belastung qualitativ nichts von seinen dinglichen Befugnissen genommen ist, kann er diese auch nochmals an einen w e i t e r e n beschränkt Berechtigten übertragen. Und in der Tat setzt sich in der Ausgestaltung der verschiedenen beschränkten dinglichen Rechte diese Tendenz fort. Aus einer Vielzahl von legislatorischen Einzelanordnungen ergibt sich der allgemeine Gedanke, daß auch die Rechte des Erst- und Zweitrangigen untereinander vervielfältigt sind, im Verhältnis zum Eigentümer und erst recht auch außenstehenden Dritten gegenüber:

Daß der Zweitrangige qualitativ die gleichen Rechte wie der Erstrangige hat, ist besonders deutlich an einer Norm aus dem Fahrnispfandrecht zu erkennen⁵⁹⁾. Aus der gesetzestechnischen Ausgestaltung des Verwertungsrechts der Pfandgläubiger (§ 1232 S. 2) ist zu entnehmen, daß grundsätzlich allen Pfandrechtsinhabern ein Verkaufsrecht zusteht und daß

58) Es ist zuzugeben, daß die Stützung auf den Wortlaut von § 903 für sich allein genommen wohl kaum eine Ablehnung der Eigentumssplittentheorie rechtfertigen könnte, zumal § 903 vor allem auf einschränkende Gesetze abstellt und der Hinweis auf die Rechte Dritter auch als rein deklaratorischer, der Vermeidung von Mißverständnissen halber eingefügter Hinweis aufgefaßt werden könnte. In Verbindung mit den übrigen Indizien aber reiht sich diese Vorschrift nahtlos in die Kette der übrigen Anhaltspunkte für die Vervielfältigung der Rechte ein.

59) Wie überhaupt die Einzelbefugnisse der Verschiedenrangigen im Fahrnispfandrecht eine eingehendere ausdrückliche gesetzliche Regelung als im Grundpfandrecht gefunden haben. Was wohl daran liegt, daß die Immobilizarzwangsvollstreckung unter stärkerer staatlicher Kontrolle steht und den Gläubigern die Durchsetzung ihrer Rechte weitgehend vom Staat abgenommen wird.

ihre Befugnisse in dieser Hinsicht gleichgeartet sind⁶⁰⁾⁶¹⁾. Denn wenn der Zweitrangige auf irgendeine Weise in den Besitz der Sache gekommen ist⁶²⁾, kann der Erstrangige - sofern er nicht selbst den Verkauf betreibt - dem Verkauf durch den Nachpfandgläubiger nicht widersprechen⁶³⁾; und er muß ihm dann auch den Besitz belassen (also auch insoweit eine Vervielfältigung der Herrschaftsbefugnisse aus § 1232 S. 2)⁶⁴⁾. Gerade aus dem ausdrücklichen einschränkenden Hinweis auf das Widerspruchsrecht folgt, daß im Regelfall der Nachrangige besitzberechtigt ist und am Verkauf nicht gehindert werden kann. Und diese Vervielfältigung der Rechte der verschiedenen Pfandgläubiger ist auch daran zu erkennen, daß der Eigentümer der Pfandsache überhaupt nicht in der Lage ist, auf die Befugnisse eines der Gläubiger einzuwirken. Ihm gegenüber müssen infolgedessen beide insoweit die gleichen Befugnisse haben.

Da die Vorschrift des § 1232 S. 2 einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält und auch auf Pfandrechte an Rechten anzuwenden ist⁶⁵⁾, ist auch insoweit eine Vervielfältigung und Überschneidung der Gläubigerbefugnisse zu verzeichnen.

Entsprechend dem vervielfältigten Verkaufsrecht beim Fahrnispfand hat auch im Grundpfandrecht unterschiedslos ~~j e~~ ~~d e r~~ Gläubiger die gleiche Befugnis, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, gleichgültig ob er im Range vor- oder

60) Eingehend und überzeugend Grunsky S. 6-8, m.w.N.

61) Das Verkaufsrecht des Nachstehenden wird generell nur abgelehnt von Leonhard bei Eck S. 341. Damit setzt er sich in Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut des § 1232 (vgl. dazu Oertmann JR 1932, 49); er hat denn auch keine Anhänger gefunden.

62) Die Möglichkeit, in den Besitz der Pfandsache - und damit zur Verwertungsmöglichkeit - zu kommen, ist dem Nachpfandgläubiger auch durch § 1249 eröffnet; Wenn er den Verkauf betreiben will und der Vorgehende dies nicht will (oder nicht kann, z.B. wegen noch fehlender Pfandreife), steht ihm das Ablösungsrecht zu, wodurch das vorgehende Pfandrecht auf ihn übergeht und er nunmehr gegen den ehemals Vorrangigen den Herausgabeanspruch hat.

63) Vgl. RGZ 97, 34 ff.

64) RGZ 97, 34 (42).

65) RG a.a.O.

nachgeht⁶⁶⁾. Ausdrücklich erwähnt wird das vom Gesetz nicht. Es wird vielmehr bereits als selbstverständlich vorausgesetzt. Wenn das Zwangsversteigerungsgesetz schweigt und die Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht von einem bestimmten Rang des beantragenden Gläubigers abhängig macht, ist darin die Anerkennung von gleichgearteten Verwertungsbefugnissen sämtlicher Belastungsinhaber zu sehen⁶⁷⁾⁶⁸⁾. Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Sachenrechtsordnung erschiene es auch unverständlich, wenn im Fahrnispfandrecht die Befugnisse der Gläubiger sich hinsichtlich des Veräußerungsrechts vervielfältigen würden, im Immobilienrecht hingegen nicht. Bei Fahrnis- und Grundpfandrecht handelt es sich schließlich gleichermaßen um Verwertungsrechte zur Sicherung einer Forderung⁶⁹⁾. Der einzige strukturelle Unterschied liegt darin, daß das Haftungsobjekt einmal die bewegliche Sache darstellt, das andere Mal das Grundstück. Das ändert jedoch nichts an ihrem gleichgearteten Wesen als Verwertungsrechte, was auch eine gleiche Struktur der Durchführung der Verwertung bedingt - eben die jedem Gläubiger unabhängig vom Rang gleichermaßen gewährte Befugnis, die Zwangsverwertung des Haftungsobjekts zu betreiben.

-
- 66) Einhellige Auffassung, vgl. etwa Hirsch S. 206, 334 ff.; Dernburg S. 711. Dazu ausführlich noch weiter unten bei den Einzelwirkungen des Rangs.
- 67) Mittelbar ist die Antragsberechtigung auch der Nachrangigen immerhin daran zu erkennen, daß das ZVG in den Vorschriften über das geringste Gebot (§§ 44 ff. ZVG) Anordnungen trifft, was mit den Rechten zu geschehen hat, die dem Recht des Betreibenden im Range vorzuziehen.
- 68) Daß die Befriedigung schließlich so vor sich geht, daß zunächst der Erstrangige voll zum Zuge kommt, ist eine andere Angelegenheit, die nichts damit zu tun hat, daß jeder Gläubiger die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ergreifen kann und insoweit der Inhaber des Nachrechts ebenso wie der des Vorrechts zum Eingreifen in das Pfandobjekt ermächtigt ist.
- 69) Daß die Grundsschuld nicht akzessorisch ist, ist in diesem Zusammenhang nicht von Interesse. Auch bei ihr handelt es sich um ein Verwertungsrecht an einem Grundstück.

Die Vervielfältigung und Überschneidung der Rechte ergibt sich ferner aus § 1227. Die Vorschrift gewährt ganz allgemein den Pfandgläubigern Schutz nach den Regeln über die Ansprüche aus dem Eigentum. Das Gesetz macht also keinen Unterschied zwischen vor- und nachgehendem Pfandrechtsinhaber. Angesichts der ansonsten peinlich sorgfältigen Wortwahl des Gesetzgebers und der eingehenden Regelung der Rechte der verschiedenen Pfandgläubiger (vgl. §§ 1208, 1209, 1232, 1242 II 2, 1273 II 2, 1290) ist eine Unüberlegtheit des Gesetzgebers in der Ausdrucksweise auszuschließen. Wenn er einen Unterschied hätte ziehen wollen zwischen den Rechten der verschiedenen Pfandrechtsinhaber, wäre das wohl in § 1227 - der für den Schutz der Pfandgläubiger von erheblicher Bedeutung ist - deutlich zum Ausdruck gekommen. So aber ist davon auszugehen, daß die verschiedenen Pfandgläubiger gegen Dritte gleiche Rechte aus § 1227 haben⁷⁰⁾⁷¹⁾.

Da § 1227 als allumfassende Schutznorm zugunsten der Pfandgläubiger auch im Verhältnis zum Eigentümer gilt⁷²⁾, haben die verschiedenen Pfandgläubiger nicht nur im Verhältnis zu Dritten, sondern auch im Verhältnis zum Inhaber des Mutterrechts die gleichen Befugnisse. Das gilt u.a. auch für das Besitzrecht im Verhältnis zum Eigentümer, das demnach mehrfach vorliegen muß.

Wegen der entsprechenden Anwendbarkeit des § 1227 auf das Pfändungspfandrecht⁷³⁾ vervielfältigen sich auch insoweit die Befugnisse der Gläubiger.

70) Ausführlich Emmerich S. 157 ff.

71) So kann z.B. jeder der verschiedenen Pfandgläubiger gegen einen Dritten den Herausgabeanspruch geltend machen, und zwar Herausgabe an sich selbst verlangen, s. etwa Emmerich a.a.O.; Planck-Brodmann § 1227 Bem. 8; Grunsky S. 16 f.

72) Ganz h.M., vgl. z.B. Palandt-Degenhart (33. Aufl., München 1974) § 1227 Anm. 2 a; Soergel-Augustin § 1227 Rdn. 1; a.A., soweit ersichtlich, nur (in einem Sonderfall) KG OLG Rspr. 10, 127 (dagegen ausdrücklich OLG Hamburg SeuffArch. 60, 364 und Staudinger-Spreng § 1227 Rdn. 1 m.w.N.).

73) RGZ 161, 109 (120). Aber nicht unstreitig, vgl. Lücke JZ 1955, 485.

Den gleichen Schutz wie § 1227 gewähren §§ 1065, 11 I, 2. Altern. ErbbauRVO (entspricht dem früheren § 1017 II BGB). Daher müssen auch diese Vorschriften entsprechend dem § 1227 so ausgelegt werden, daß auch hier sich die Befugnisse der verschiedenen Gläubiger überschneiden können.

Eine dem § 1227 entsprechende Schutzvorschrift zugunsten der Hypothekengläubiger fehlt in dieser Allgemeinheit. Jedoch gewähren §§ 1133, 1134 wenigsten im Teilbereich rechtstechnische Mittel, gegen Beeinträchtigungen des Eigentümers oder eines Dritten vorzugehen. Da nachrangige Gläubiger des Schutzes ebenso bedürfen wie vorrangige - wenn nicht gar noch stärker als die Vorrangigen, da ihre Sicherheit ohnehin wegen des schlechteren Ranges geringer ist - , kann der Schutz nach diesen Vorschriften nicht auf den ersten Gläubiger beschränkt bleiben. Für eine abweichende Ansicht ergeben sich auch keine Anhaltspunkte im Gesetz. Der Wortlaut "der" Gläubiger ist sprachlich als Hinweis auf die Gläubigerschaft allgemein zu verstehen. Zudem wäre nicht einzusehen, wieso §§ 1133, 1134 anders auszulegen sein sollten als ihr Pendant im Pfandrecht der beweglichen Sachen, § 1227⁷⁴⁾. Demnach zeigt sich auch hier wieder die Vervielfältigung der Befugnisse der Pfandgläubiger, im Verhältnis zu Dritten und zum Eigentümer.

Ferner setzen auch die Vorschriften über die Dienstbarkeiten⁷⁵⁾ in §§ 1024, 1060, 1090 II voraus, daß am selben Objekt mehrere Rechte mit gleichen Befugnissen bestehen können,

74) Dahingehende Meinungen, die den Schutz nach §§ 1133, 1134 auf den ersten Hypothekengläubiger beschränken, sind auch nicht zu finden.

75) Aus dem Recht der Dienstbarkeiten läßt sich - abgesehen von §§ 1024, 1060, 1090 II - noch ein weiterer Anhaltspunkt für die Vervielfältigung der Rechte gewinnen: Im Falle der Bestellung mehrerer Verbotsdienstbarkeiten hat jeder der mehreren Berechtigten das volle Verbotsrecht, was sich aber nicht erklären ließe, wenn die Befugnis schon vollständig an den ersten Rechtsinhaber vergeben wäre. Eingehend und überzeugend dazu Hirsch S. 206 f. und Grunsky S. 8 f., jeweils mit treffender Ablehnung der gekünstelten Gegenkonstruktion Krückmanns, AcP 103, 209 ff.

die vervielfältigt vorhanden sein müssen. Gerade aus der Notwendigkeit einer noch zu treffenden Regelung nach billigem Ermessen folgt, daß ohne diese Regelung die mehrfach gleichgearteten Herrschaftsbefugnisse sich überschneiden würden. Mithin kann nicht davon die Rede sein, daß von vornherein keine Beeinträchtigung in der Ausübung möglich wäre, da jedem der Gläubiger ein a n d e r e r Teilbereich an dinglichen Machtbefugnissen zugewiesen wäre. Dagegen kann auch nicht ins Feld geführt werden, daß die Regelung in den obengenannten Vorschriften G l e i c h r a n g voraussetzt und nur in diesem Fall eine Vervielfältigung der Rechte gegeben sei. Darauf hat bereits Grunsky⁷⁶⁾ zutreffend hingewiesen. Er stützt sich bei seiner Argumentation, daß der Gedanke in §§ 1024, 1060, 1090 II sich nicht nur auf Gleichrang beschränkt, sondern völlig unabhängig von der Rangordnung gilt, freilich allein auf den Wortlaut (bei den Voraussetzungen der Vorschriften handele es sich um zwei n e b e n - geordnete Bedingungen; einmal, daß die Rechte nicht nebeneinander ausgeübt werden können und zum anderen das weitere gleichstufige Erfordernis des Gleichrangs). Daraus die Allgemeingültigkeit der Vervielfältigung in der Ausübung herzu- leiten, überzeugt für sich allein genommen kaum. Hinzu kommt jedoch, daß man - folgte man der Gegenmeinung - dazu gelangen müßte, dem Gleichrang strukturell andere Ausstrahlungen zuzuschreiben als dem Vor- und Nachrang. Denn dann wären §§ 1024, 1060, 1090 II dahingehend auszulegen, daß - lediglich - in den Fällen des Gleichrangs vervielfältigte und sich überschneidende Befugnisse in Frage kämen, während im Verhältnis des Vor- und Nachrangs gerade im Gegensatz dazu eine Vervielfältigung bzw. Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse von vornherein ausgeschlossen wäre. Daher wäre das Wesen des Gleichrangs grundlegend von dem des Vorrangs zu unterscheiden.

76) S. 17.

Für eine derartige Aufspaltung der Wirkkraft des Rangs ergeben sich aber keine Anhaltspunkte. Sie erschiene zudem gekünstelt, Verwirrung stiftend und auch überflüssig, da sich der Unterschied zwischen Vor- und Gleichrang auch zwangslos anders erklären läßt. Der Unterschied ist nämlich darin zu sehen, daß im Verhältnis des Vor- und Nachrangs nur der Nachstehende eine Einschränkung zu dulden hat, während beim Gleichrang eine gleichmäßige Beschränkung der Befugnisse herbeigeführt wird. Mithin ist nicht einzusehen, weshalb zwischen Vor- und Gleichrang eine derartig fundamentale Trennungslinie zu ziehen wäre, was die Vervielfältigung bzw. Teilung der Rechte angeht. Eine derartig verschiedene Auffassung vom Wesen des Vor- und Nachrangs wird auch nirgends ausdrücklich vertreten.

Eine unterschiedliche Struktur von Gleich- und Vorrang wäre auch sonst, abgesehen von den Dienstbarkeiten, die notwendige Folge des Teilungsgedankens. Der Gleichrang wäre überhaupt kaum zu erklären unter der Prämisse der Eigentumsplittertheorie. Denn wie sollte es möglich sein, daß mehrere Berechtigte die gleichen Herrschaftsbefugnisse haben, obwohl sie doch jeder einen anderen, nicht verdoppelungsfähigen Splitter vom Eigentümer übertragen bekommen haben⁷⁷⁾? Allenfalls ließe sich dann der Gleichrang so erklären, daß er schon in seiner Struktur anders als der Vorrang zu verstehen sein müßte. Diese Konstruktion ist aber, wie erwähnt, abzulehnen.

Zusätzlich zu dieser dogmatisch-strukturellen Ableitung des Gedankens der Vervielfältigung der Rechte aus zahlreichen gesetzlichen Einzelanordnungen⁷⁸⁾ muß auch eine vernünftige

77) Vgl. auch Hirsch S. 206 und Grunsky S. 16.

78) Mit der Darstellung einer ganzen Reihe von gesetzlichen Vorschriften in dieser Richtung ist auch erwiesen, was oben als These hingestellt wurde: daß es sich bei § 1290, der dem Vorrangigen andere dingliche Herrschaftsbefugnisse gewährt als dem Nachrechtsinhaber, in der Tat um eine Ausnahmenvorschrift handelt.

Bewertung der Interessensphären dazu führen, dem Nachrangigen die gleichen, vervielfältigten Machtbefugnisse über die belastete Sache zu gewähren. Ein anderes Ergebnis (qualitativ verschiedene Befugnisse) würde zwar dem Interesse des Vorrangigen dienen; sein berechtigtes Vertrauen, durch weitere Rechte in seinem einmal erlangten Herrschaftsbereich nicht mehr beeinträchtigt zu werden, wäre am intensivsten geschützt, wenn es von vornherein zu keiner Kollision mit den qualitativ verschieden ausgestalteten Herrschaftsbefugnissen des Nachrechts kommen könnte. Der berechtigte Schutz des Nachstehenden und die gesunden Bedürfnisse des Realcredits verlangen andererseits aber, dem Nachrangigen keine zu schwache Position zu gewähren. Denn sofern dieser nicht die gleichgearteten Befugnisse an der Sache hat (z.B. das wichtige Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben), würde der Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigt. Dann würde sich in der Praxis kaum ein Kreditgeber finden, der bereit wäre, ein Darlehen gegen eine zweitrangige Sicherheit zu gewähren; womit dem Eigentümer eine wichtige Quelle zur Deckung seines Kreditbedarfs genommen wäre. Der für das Wirtschaftsleben bedeutsame Grundkreditverkehr würde nahezu lahmgelegt, da fast nur noch jeweils alleinstehende Belastungen am Grundstück bestellt würden. Wodurch dann schließlich auch der Rang selbst seinen Stellenwert einbüßen würde, denn sofern nur ein einzelnes Recht am Grundstück besteht, kann auch der Rang keine Funktion haben.

Die Belange des Nachrangigen, des Eigentümers und des allgemeinen Kreditverkehrs verlangen danach, dem Nachrecht eine hinreichend starke Position zu gewähren; was nur dadurch geschehen kann, daß dem Nachrangigen die gleichen dinglichen Herrschaftsbefugnisse wie dem Vorrangigen gewährt werden. Und dem Interesse des Vorstehenden ist auch dann hinreichend gedient, wenn der Nachstehende zwar die gleichen Befugnisse wie er selbst hat, sie aber zu seinem Nachteil nicht ausüben kann.

Bestätigt wird das durch einen Blick in die Rechtsgeschichte. Das wachsende Realkreditbedürfnis des Verkehrslebens verlangte

stärkeren Schutz des Nachstehenden, wenn mehr als eine Sicherheit durch die Pfandsache vergeben werden sollte. Aus diesem Grunde ist namentlich im Römischen Recht⁷⁹⁾ eine Entwicklung erkennbar, die von der exzessiven Betonung der Rechte des Erstrangigen (zu Lasten der extrem schwachen Position des Nachrangigen) über verschiedene Stationen hin zu grundsätzlich gleichen Befugnissen auch des Nachberechtigten reicht: Der Ausbau der Rechte des zweiten Pfandgläubigers beginnt erst mit dem Aufkommen der hypotheca, einem Pfandrecht ohne Besitz. Indem man zunächst die actio fiduciae bzw. pigneraticia auf Herausgabe der hyperocha (Überschuß bei Verkauf durch den Erstpandgläubiger) verpfändete, ermöglichte es die hypotheca, ein zweites Pfandrecht zu bestellen⁸⁰⁾. Als nächsten Schritt konnte man mittels der hypotheca die Sache selber weiterverpfänden, allerdings anfänglich nur bedingt für den Fall, daß das Pfand des Erstberechtigten wegfalle⁸¹⁾. Am Ende der klassischen Periode hatte sich immerhin die Möglichkeit zur Bestellung mehrerer unbedingter Pfandrechte an der Sache selbst ausgebildet. Danach hatte jeder Pfandgläubiger ein sofort gegen jedermann wirksames dingliches Recht⁸²⁾. Noch immer gab aber das Nachrecht seinem Inhalt nach nur geringere Befugnisse⁸³⁾, denn jeder Vorhypothekar konnte vom Nachhypothekar die Besitzabtretung verlangen, und nur der Erstberechtigte durfte die Pfandsache verkaufen⁸⁴⁾; die nachfolgenden Rechte konnten lediglich gegen Auszahlung der ersten Hypotheken aufrücken und blieben ansonsten noch auf die hyperocha angewiesen⁸⁵⁾. Nach und nach gestand man den

79) S. insbesondere Dernburg (Pfandrecht) §§ 159, 160.

80) Vgl. Rüdiger S. 10; Dernburg (Pfandrecht) § 159.

81) Dernburg (Pfandrecht) S. 480 f.; Rüdiger a.a.O.; Dernburg-Sokolowski S. 520, S. 490 Fußn. 8.

82) Dernburg-Sokolowski S. 520; Arndt S. 656; Exner S. 517; Dernburg (Pfandrecht) § 160.

83) Nach Arndt S. 656 sollte das Nachrecht der Vorhypothek gegenüber sogar relativ unwirksam sein.

84) Dernburg (Pfandrecht) S. 482.; Schnitzler S. 18 - 20.

85) Rüdiger S. 10 f. m.w.N.

nachfolgenden Pfandgläubigern den Anspruch auf Herausgabe der Sache gegenüber Dritten zu⁸⁶⁾. Schließlich setzte sich sehr spät im Römischen Recht - in Einklang mit den modernen Hypothekengesetzen - bei namhaften Schriftstellern⁸⁷⁾ der Gedanke durch, daß auch der Nachberechtigte zum Verkauf des Pfandes bzw. zur Einleitung der gerichtlichen Zwangsversteigerung befugt war. Das Pfandrecht des Nachrangigen hatte sich zum sofort existierenden, juristisch vollen Pfandrecht entwickelt. Damit war nach vielen Schritten endlich das Ziel erreicht, dem Nachpfandgläubiger die gleichen Herrschaftsbefugnisse an der Sache zuzugestehen wie dem Vorhypothekar. Diese Entwicklung zur Verstärkung der Position des Nachstehenden⁸⁸⁾ ist dann konsequent von unserem heutigen Privatrecht übernommen worden, indem es die Vervielfältigung und Überschneidung der beschränkten dinglichen Rechte anordnet.

4. Bislang wurde aufgezeigt, daß der Eigentümer mit der Rechtsbestellung nichts von seinen Befugnissen verliert, daß sich die dinglichen Machtbefugnisse des Eigentümers und des ersten beschränkt Berechtigten vielmehr vervielfältigen und überschneiden⁸⁹⁾. Konsequenterweise erwiesen sich auch die

86) Rüdiger S. 10.

87) Windscheid-Kipp S. 1227 f. m.w.N.; a.A. namentlich Dernburg, Schnitzler und Arndt a.a.O.

88) Dieser Entwicklung steht in der Rechtsgeschichte der Trend gegenüber, die Position des Vorrangigen zu wahren und sein Recht vor Einwirkungen durch das Nachrecht möglichst zu schützen, was zum Deckungsprinzip geführt hat (s. u. S. 153). Das BGB hat diese beiden Interessenrichtungen in Einklang gebracht. Im Spannungsverhältnis Stärkung des Nachrechts - Sicherung des Vorrechts hat es dem Vorrangigen eine so starke Position wie nötig gegeben und das Recht des Nachrangigen so gering beschränkt wie möglich: Anspruch des Vorberechtigten auf Nichtbeeinträchtigung in der Ausübung seines Rechts, andererseits auch nur insoweit Ausübungsschranke für das grundsätzlich mit gleichen Befugnissen ausgestattete Nachrecht (s.u. S. 153-168).

89) Ebenso etwa Hirsch S. 170 ff. und passim; Grunsky S. 19; v. Lübtow S. 51. Zahlreiche Nachweise aus der älteren Literatur bei Hirsch S. 220 Fußn. 1. Weitere Nachweise (auch rechtsvergleichend) bei Grunsky S. 19, Fußn. 67.

Befugnisse mehrerer beschränkt Berechtigter untereinander als vervielfältigt. Damit kann die Eigentumssplittertheorie als widerlegt gelten⁹⁰⁾. Zusätzlich dazu lassen sich noch weitere grundsätzliche dogmatische Erwägungen gegen den Teilungsgedanken ins Feld führen:

Der Eigentumssplittertheorie gelingt es nur mühsam, überhaupt die Möglichkeit zur Bestellung mehrerer gleichartiger beschränkter dinglicher Rechte zu erklären⁹¹⁾. Wenn der Eigentümer z.B. eine Hypothek an A vergeben hat mit all ihren daraus fließenden Befugnissen, so hat er sich - unter der Prämisse der Eigentumssplittertheorie - dieser Herrschaftsbefugnis doch durch Abspaltung ein für allemal begeben⁹²⁾. Wie soll es ihm dann möglich sein, diese qualitativen Befugnisse noch einmal zu vergeben, noch eine weitere Hypothek zu bestellen? Die h.M. erkennt diese konstruktiven Schwierigkeiten sehr wohl, was sich in ihrem intensiven Bemühen offenbart, einen gangbaren Ausweg zu finden. In diesem Unterfangen sieht sie sich genötigt, auf eine geradezu abenteuerlich anmutende, spitzfindig und gekünstelt wirkende Konstruktion zurückzugreifen: Das Anwartschaftsrecht des Eigentümers auf Rückerwerb der an den ersten Hypothekengläubiger vergebenen Herrschaftsbefugnisse; diese Anwartschaft werde dann dem Zweitberechtigten

90) Demgegenüber geht v. Tuhr einerseits davon aus, daß dem Eigentümer mit der Rechtsbestellung nichts von seinen Befugnissen genommen werde (II 2 S. 559 f. i.V.m. Fußn. 6), vertritt zum anderen aber gleichwohl die Eigentumssplittertheorie (II 1 S. 63 Fußn. 23). Das ist miteinander unvereinbar: Wenn einmal etwas abgespalten wird, kann es nicht zugleich beim Absondernden erhalten bleiben.

91) Daß der Eigentümer begrenzte dingliche Rechte des gleichen Inhalts beliebig oft bestellen kann, wird vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt und ist auch unbestritten. Ausdrücklich betont wird das etwa von Siebert S. 245 m.w.N. in Fußn. 12.

92) Daß die Herrschaftsbefugnisse in Gestalt der Eigentümerhypothek auf ihn zurückfallen und dann wieder an einen anderen Gläubiger vergeben werden können, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung.

übertragen⁹³⁾. Bei mehr als zwei Hypotheken müßte dann gar eine Kette von Anwartschaften an Anwartschaften vorliegen.

Das Anwartschaftsrecht generell ist zwar heute allgemein, teilweise sogar als Gewohnheitsrecht, anerkannt als eigenständiges Rechtsinstitut⁹⁴⁾. Als ein Gebilde, das vom Gesetz nicht expressis verbis geregelt wird, sollte das Anwartschaftsrecht jedoch auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen es zum Schutze einer im Werden begriffenen Rechtsposition dringend geboten erscheint. Beim Versuch, das Entstehen mehrerer gleichartiger Rechte am selben Objekt zu erklären, erscheint es jedenfalls nicht am Platze, zumal eine derartige Konstruktion beim Entstehen von Gleichrang völlig versagt⁹⁵⁾. Denn es wäre unverständlich anzunehmen, daß der eine Berechtigte eine volle Hypothek haben sollte, der andere - obwohl gleichgestellt - aber nur eine Anwartschaft auf eine Hypothek. Somit vermag der Teilungsgedanke die Zulässigkeit der Bestellung mehrerer gleichartiger Rechte am selben Gegenstand nicht zufriedenstellend zu erklären⁹⁶⁾, wohingegen die Theorie von der Vervielfältigung der Rechte dazu zwanglos in der Lage ist.

Ebensowenig vermag der Teilungsgedanke überzeugend zu begründen, wieso bei Erlöschen eines Rechts die Befugnisse an den Eigentümer zurückfallen⁹⁷⁾ (was aber als selbstver-

93) Krückmann AcP 103, 318 f., ähnlich S. 158, 206, 237, 321, 324; Scherk IherJb. 67, 316; vgl. auch Raape IherJb. 74, 258. Im ArchBürgR 41, 354 hat Krückmann seine Ansicht insoweit aufgegeben, freilich ohne eine überzeugende andere Konstruktion zu geben.

94) S. etwa Wolff-Raiser § 2 II 3; Raiser (Dingliche Anwartschaften); Westermann § 5 III 3. Dagegen insbesondere Blomeyer S. 121 ff., 165 ff.; Wolf S. 187 - 190, 266 f.

95) Vgl. Hirsch S. 206.

96) Eingehend und überzeugend Hirsch § 5 b; auch Bock S. 39 hält dieses Argument für zutreffend.

97) Dieses Bedenken gegen die Eigentumssplittertheorie klingt bereits bei Bock S. 31 f. und Wittkowsky S. 85 an. Ebenso v. Lübtow S. 55.

ständig vom Gesetz vorausgesetzt wird⁹⁸⁾⁹⁹⁾. Die vielfach verwandte Formel von der "Elastizität" des Eigentums¹⁰⁰⁾ - und dem darauf eo ipso zurückzuführenden, nur zeitweiligen Entzug bestimmter Befugnisse - befriedigt nicht¹⁰¹⁾. Damit ist doch allenfalls der rein bildliche Versuch einer Erklärung zum Verständnis dieses Vorgangs unternommen worden. Dogmatisch brauchbar ist die Vorstellung von der "Elastizität" nicht. Vielmehr bedürfte es nach der Eigentumssplittentheorie eines besonderen juristischen Übertragungsvorgangs, um den einmal abgespaltenen Teil an seinen Ursprungsort zurückkehren zu lassen. Ein rechtsgeschäftlicher Übertragungsakt über die sonst regelmäßig erforderliche Einigung der Parteien, zwischen denen eine Übertragung stattfinden soll, kommt aber nicht in Betracht; nach §§ 875 I 1, 1064, 1068 II, 1255 I ist grundsätzlich nur die **e i n s e i t i g e** Erklärung des Berechtigten zum Untergang des Rechts notwendig; Zustimmung - immer noch weniger als Einigung - ist nur ausnahmsweise nach §§ 1183 I 1, 1192 I, 1200 I; 26 S. 1 ErbbauRVO erforderlich. Da nach allgemeinen Grundsätzen aber niemandem ein Recht aufgedrängt werden darf, muß demnach eine andere Erklärung für das Zurückfallen der Befugnisse an den Eigentümer gefunden werden. Lediglich von dem selbsttätigen Erstarken zu alter Fülle zu sprechen¹⁰²⁾, reicht nicht aus als Erklärung eines Übertragungsakts. -

98) Da nicht anzunehmen ist, daß nach dem Willen des Gesetzgebers das Recht herrenlos wird - Herrenlosigkeit wird überhaupt nur hinsichtlich des Eigentums anerkannt -, bleibt nur die Möglichkeit, daß die Herrschaftsbefugnisse irgendwie auf den Eigentümer zurückfallen. **G e g e n** einen notwendigen Rückfall denn auch nur Schloßmann IherJb. 45, 363 f. Dessen Gedankengang wird zutreffend abgelehnt von Hirsch S. 222 f. (weitere Nachweise auf S. 201).

99) Die evtl. gegebene Möglichkeit, daß nachstehende Rechte aufrücken, ist in diesem Zusammenhang nicht von Interesse und steht dem nicht entgegen.

100) Etwa Wolff-Raiser § 51 Fußn. 23 m.w.N.; weitere Nachweise zum älteren Recht bei Hirsch S. 200 Fußn. 1; neuestens Wolf S. 25; vgl. auch Schloßmann IherJb. 45, S. 372 - 374.

101) Der von Hirsch S. 218 der h.M. gemachte Vorwurf der inkonsequenten Beschränkung der "Elastizität" auf das **E i g e n t u m** ist freilich weitgehend hinfällig geworden, da jetzt im allgemeinen von der h.M. die "Elastizität" für **a l l e** Mutterrechte anerkannt wird, vgl. Wolff-Raiser a.a.O.; Wolf S. 25.

102) So insbesondere Wolff-Raiser § 51 III.

Die Überlegung von der Vervielfältigung der Rechte bedarf eines Übertragungsaktes hingegen nicht. Danach hat der Eigentümer von seinen Herrschaftsbefugnissen ja schon bei Bestellung des beschränkten dinglichen Rechts insoweit gar nichts verloren, braucht also auch nichts durch Rechtsakt zurückzuerhalten. Das Erlöschen des beschränkten dinglichen Rechts ist lediglich als Fortfall eines i.S.d. § 903 entgegenstehenden Rechts, und damit als Wegfall einer Ausübungsschranke, zu verstehen. Dadurch entfaltet das Eigentum ohne weiteres wieder seine volle Wirkkraft, indem es insoweit automatisch wieder auflebt und der Eigentümer von seinen latent immer vorhanden gebliebenen Befugnissen jetzt wieder Gebrauch machen darf¹⁰³⁾.

Ebenso ließe sich auch die Besserstellung der Nachrechte nicht erklären, falls sie bei Wegfall eines Vorrechtes aufzurücken¹⁰⁴⁾. Folgte man der Eigentumssplittertheorie, so bedürfte es auch hier eines besonderen Rechtsaktes, um auf den Nachrückenden die Befugnisse des ursprünglich Vorgehenden übergehen zu lassen. Nach der Vervielfältigungstheorie erklärt sich auch dieser Vorgang ohne konstruktive Schwierigkeiten: Der Berechtigte wird jetzt durch die Ausübungsschranke, die das ursprüngliche Vorrecht ihm früher setzte, nicht mehr behindert; er kann die Herrschaftsbefugnis, die ihm von Anfang an latent zustand, jetzt unbeschränkt ausüben.

Demnach beweisen auch die konstruktiven Schwierigkeiten der Teilungstheorie beim Wegfall eines Rechts, auf welch unsicherem Untergrund sich die Splittertheorie bewegt¹⁰⁵⁾.

103) Für diese Konstruktion auch v. Lübtow S. 55 m.w.N.

104) Dabei soll hier nicht geklärt werden, wann im einzelnen die Herrschaftsbefugnisse beim Wegfall eines Vorrechtes nun an den Eigentümer zurückfallen, oder wann sie dem Nachrückenden zugute kommen. Beide Möglichkeiten sind jedenfalls nach der geltenden Sachenrechtsordnung alternativ gegeben (die erste z.B. bei Erlöschen eines Nießbrauchs durch einen in der Person des Nießbrauchers liegenden Grund, die zweite i.d.R. bei Grundpfandrechten, dazu weiter unten).

105) Vgl. auch Hirsch S. 172 und § 5 c, insbesondere S. 217 - 219. S. auch v. Lübtow S. 55.

Bedenken gegen die Teilungstheorie ergeben sich ferner, wenn man sich vor Augen hält, daß die geltende Privatrechtsordnung bereits in einem *a n d e r e n* Teilbereich des Sachenrechts die Konstruktion der verselbständigten Stücke aus dem Eigentum eingeführt hat. Das Miteigentum nach Bruchteilen ist vom Gesetz dergestalt geregelt (§§ 1008 ff., 741 ff.), daß die Sache in ideelle Anteile zerlegt ist, wobei jedem Miteigentümer ein eigener, quotenmäßig bestimmter Teil zugewiesen ist¹⁰⁶⁾. Mithin liegt doch die gleiche Situation vor, wie sie sich bei beschränkten dinglichen Rechten unter Prämisse der Eigentumssplittertheorie darstellen würde. Auf ihrer Grundlage würden auch die Belastungen des Eigentums eigenständige, verselbständigte Splitter mit eigenen bestimmten Herrschaftsbefugnissen bilden. Konsequenterweise müßten die Vertreter der h.M., wenn sie die Rechtslage bei mehreren beschränkten dinglichen Rechten behandeln, Parallelen ziehen zu den ausführlichen Regeln der §§ 1008, 741 ff. und diese Vorschriften zur Erklärung der Rangordnung mehrerer beschränkter dinglicher Rechte zumindest analog anwenden. Dieser Schritt aber wird, soweit ersichtlich, von niemandem vollzogen. Darüber hinaus kann auch der Gesetzgeber nicht von der Eigentumsteilungstheorie ausgegangen sein, denn die ausführliche Regelung der Rechte der Vor- und Nachstehenden im Gesetz wäre weithin überflüssig, soweit es sich auch bei den Eigentumsbelastungen um selbständige Splitter aus dem Eigentum handeln würde; das Verhältnis der einzelnen Splitter zueinander wäre bereits in §§ 741 ff. (insbesondere §§ 743 II, 744 f., 748) eingehend geregelt.

Des weiteren erscheint die h.M. insofern inkonsequent, als sie nicht die notwendige Schlußfolgerung aus dem Teilungsgedanken zieht. Danach müßte jedes beschränkte dingliche Recht im Verhältnis zum Eigentum nämlich als wesensgleiches Minus gewertet werden. Ebenso wie das Miteigentum an einer Sache seinem Wesen nach ebenfalls Eigentum ist¹⁰⁷⁾, müßte

106) Vgl. etwa Staudinger - Berg § 1008 Rdn. 1.

107) Mot. III S. 438; OLG Hamburg OLGRspr. 14, 85; RGZ 56, 96 ff.

auch die Belastung in solcher Beziehung zum Eigentum stehen und dürfte kein aliud bilden. Unter dieser Prämisse müßte die h.M. auch konsequenterweise¹⁰⁸⁾ dazu gelangen, die gesamten Schutzvorschriften, in denen beschränkte dingliche Rechte ausdrücklich dem Eigentum gleichgestellt werden (insbesondere § 1227), für überflüssig zu erklären. Diese wären nämlich selbstverständlich und würden bereits aus dem Charakter der beschränkten dinglichen Rechte als wesensgleichem Minus zum Eigentum folgen. Die bloße Wiederholung einer Selbstverständlichkeit (etwa im Inhalt des § 1227) aber kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

108) Eine andere Inkonsequenz der h.M. sieht Grunsky (S. 18 f.) in der Behandlung des Falles, wenn sich der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts als Eigentümer aufspielt und die Sache an einen Dritten veräußert. Anders als im, seines Erachtens gleichgelagerten, Fall des Anwartschaftsberechtigten sei noch kein Vertreter der Eigentumssplittertheorie auf den Gedanken gekommen, daß der Dritte dann unabhängig von seinem guten Glauben zumindest das beschränkte dingliche Recht als wesensgleiches Minus erwerben müßte. - Wenn niemand zu diesem von Grunsky als konsequent bezeichneten Ergebnis kommt, so erklärt sich das indessen schon aus der unterschiedlichen Interessenlage. Beim Anwartschaftsrecht als wesensgleichem Minus ist es immer möglich, daß der Anwartschaftsinhaber später das Vollrecht erwirbt, ja es wurde gerade geschaffen, um dem Berechtigten einen späteren Vollrechtserwerb zu ermöglichen. Hingegen besteht bei der Veräußerung als Eigentümer durch einen nur beschränkt dinglich Berechtigten überhaupt nie die Möglichkeit, daß später über die Belastung das Vollrecht Eigentum erworben wird (wie sollte das beschränkte dingliche Recht zum Vollrecht erstarken?). Demnach ist dieser Fall nicht mit dem des Anwartschaftsrechts vergleichbar, und entgegen Grunsky ist es nicht inkonsequent, wenn die h.M. nicht zum Ergebnis kommt wie beim Anwartschaftsrechtserwerb.

Folge der Eigentumssplittertheorie müßte auch sein, bei mehreren beschränkten dinglichen Rechten (etwa zwei verschiedenrangigen Hypotheken) einen Unterschied zu ziehen insofern, als die nachrangige Hypothek nicht nur einen anderen **t a t s ä c h l i c h e n**, sondern auch **j u r i s t i s c h e n** Wert darstellen würde. Wenn bereits ein verselbständigter besonderer Eigentumssplitter an den Ersthypothekar vergeben ist, kann dieser nicht noch einmal gleichartig und mit gleichen Befugnissen auf einen anderen übertragen werden. Demzufolge könnte die Bestellung einer zweiten Hypothek nur verstanden werden als eingeschränkte Begründung einer weiteren Belastung, etwa als lediglich bedingtes Recht des Zweithypothekars. Eine derartige Unterscheidung zu treffen zwischen erstem und zweitem Recht, muß aber seit der frühen Periode des Gemeinen Rechts als überwunden gelten¹⁰⁹⁾. Daß die Existenz des rangschlechteren Rechtes nicht bedingt ist durch den Wegfall des ersten Rechts, ergibt sich bereits daraus, daß auch der zweite Hypothekengläubiger ohne weiteres ein allgegenwärtiges Recht auf zwangsweise Befriedigung aus dem Grundstück hat, denn auch er kann jederzeit die Zwangsverwertung des Grundstücks betreiben.

Schließlich sei noch auf ein letztes konstruktives Bedenken gegen die Splittertheorie hingewiesen. Folgerichtig zu Ende gedacht, müßte der Teilungsgedanke zur Teilhaftung, mithin zur Wertparzellen- bzw. Wertteilstheorie führen. Geht man davon aus, daß jedem beschränkt Berechtigten ein eigenständiger bestimmter Splitter aus dem Eigentum zugewiesen ist, kann sich infolgedessen notgedrungen auch die Haftung des Grundstücks etwa bei einer Hypothek nach § 1147 nur auf diesen Teilbereich erstrecken. Wie sollte es dann

109) Im frühen Römischen Recht war das Zweitrecht noch als lediglich bedingt existent angesehen worden; nämlich bedingt durch den Wegfall des ersten Pfandrechts, s. etwa Schnitzler S. 18 f. Dazu, und überhaupt zur Entwicklung des Zweitrechts hin zum Vollrecht, ausführlich oben S. 42 ff.

zu erklären sein, daß nach h.M. bei der Verwertung des Grundstücks aber doch der gesamte Eigentumsbereich erfaßt wird, während sonst gerade nur ein bestimmter abgespaltenen Teil dem beschränkt Berechtigten zugeordnet ist? Nach der Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch kann die Wertteilstheorie jedenfalls nicht vertreten werden, wie noch ausführlich zu beweisen sein wird¹¹⁰⁾. Selbst wenn man jedoch entgegen der weitaus herrschenden Ansicht für die Wertparzellentheorie eintreten würde, wäre der h.M. doch zumindest der Vorwurf der Inkonsequenz zu machen, da sie nicht zum einen dem Rechtsinhaber nur einen bestimmten, jeweils verschiedenen Teil der Herrschaftsbefugnisse zustehen kann, andererseits aber - damit unvereinbar - doch einheitlich den gesamten belasteten Gegenstand haften lassen kann¹¹¹⁾.

Doch nicht nur die bisher vollzogene dogmatische Betrachtung führt zum Ergebnis, daß der Teilungsgedanke abzulehnen ist. Bekräftigt wird diese Einsicht durch die Untersuchung der im Hintergrund stehenden Interessenlage. Freilich wird dies von so anerkannten Autoren wie Heck¹¹²⁾ und Siebert¹¹³⁾ entschieden bestritten. Nach ihnen ergibt sich die Berechtigung der Teilungstheorie gerade unter dem Blickwinkel der Interessenbetrachtung. In diesem Sinne betont insbesondere Heck¹¹⁴⁾, daß die einzelne Sache als dingliches Zuordnungsobjekt ein "gegebenes, nicht beliebig erweiterbares Lebensgut" darstelle. In den somit von vornherein begrenzten In-

110) Unten S. 129 ff.

111) So aber etwa Wolff-Raiser, einerseits Vertreter der Eigentumssplittentheorie (§ 147 I 1, 51 III), andererseits Ablehnung der Wertparzellentheorie (§ 147 I 2). Im übrigen scheint sich die h.M. dieser Inkonsequenz gar nicht bewußt zu sein, denn nirgends wird auch nur der Versuch unternommen, diese Widersprüchlichkeit zu erklären.

112) S. 79 ff.

113) S. 243 ff.

114) S. 79.

teressengehalt müßten sich daher Eigentümer und Rechtsinhaber teilen. Durch Bestellung einer Belastung verliere demnach der Eigentümer den Lebenswert, den Interessengehalt, der dem beschränkt Berechtigten zugewiesen werde.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Sie läßt namentlich unberücksichtigt, daß der Eigentümer nicht nur der Rechtsstruktur nach, sondern auch in der Lebenswirklichkeit - auf die bei der Interessenbetrachtung ja gerade abgestellt wird - in der Lage ist, nach dem ersten beschränkten dinglichen Recht noch weitere - auch inhaltlich gleichartige - Belastungen an seinem Grundstück zu bestellen. Das aber kann nur so verstanden werden, daß der eine - angeblich gesondert dem Erstberechtigten zugeordnete - Interessengehalt noch einmal in gleicher Weise dem Zweitberechtigten zugewiesen wird. Die Nachberechtigten können aber ihren "Lebenswert"¹¹⁵⁾ auch nach natürlicher Auffassung nur vom Vollrechtsinhaber herleiten, der den Interessengehalt vergibt. Demnach kann der Eigentümer auch nichts vom Lebensgut verloren haben, wenn er imstande ist, dieses gleichartig noch öfters zu vergeben. Überdies darf nicht verkannt werden, daß auch in der Lebenswirklichkeit ein Grundstück nicht selten von derart zahlreichen Belastungen ergriffen ist, daß sein Wert, "Lebenswert" an sich bereits erschöpft ist (Belastung "bis über den Schornstein"). Bei Zugrundelegung des Teilungsgedankens müßten die Belastungen jedoch am Gesamtwert ihre Grenze finden. Darüber hinausgehende "Lebenswerte" wären unverständlich. - Schließlich ist nicht einzusehen, wieso nur eine Teilung der Lebenswerte der natürlichen Vorstellung bei den Grundstücksbelastungen entsprechen sollte. Die Bestellung von dinglichen Rechten läßt sich vielmehr auch der Lebenswirkung nach zwanglos erklären als Vervielfältigung und Überschneidung der Interessengehalte. Was insbesondere dadurch bekräftigt wird, daß jedenfalls im Verhältnis zu

115) So der plastische Begriff von Heck a.a.O.

Außenstehenden die "Lebenswerte" der Berechtigung vernünftigerweise - ansonsten würde es an der absoluten Wirkung gegenüber Dritten fehlen - nicht aufgeteilt sein können. Dem steht auch nicht entgegen, daß Eigentümer bzw. Nachberechtigter in bestimmten Beziehungen dem Vorberechtigten gegenüber Hemmungen in ihrer Machtausübung unterworfen sind. Bei an sich gegebener Vervielfältigung und Überschneidung der Interessenwerte ist diese Erscheinung zu verstehen als von der Regel abweichende Interessenhöherbewertung im Sonderfall der gegenseitigen Beeinträchtigung.

Nach alldem kann die Eigentumssplittertheorie als widerlegt gelten¹¹⁶⁾. Mithin sind die begrenzten dinglichen Rechte nicht als eigenständige Teile aus dem Eigentum zu verstehen. Dagegen ist von einer Vervielfältigung und Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse auszugehen. Anders als auf Grundlage des Splittergedankens kann es demnach Aufgabe

116) Gegen die Eigentumssplittertheorie wenden sich namentlich auch: Straus S. 6 f.; Bock S. 31 ff.; Goldschmidt S. 33-38; v. Lübtow S. 50 ff.; Grunsky S. 3-20 (mit zahlreichen Nachweisen, auch zur Gegenansicht); Schumacher S. 2. Am ausführlichsten zum Versagen des Teilungsgedankens Hirsch in seiner Monographie, in der er als erster in aller Schärfe den Gedanken der Vervielfältigung des Mutterrechts entwickelt hat, insbesondere S. 170 ff. (m.w.N. zur Gegenansicht) u. S. 195 ff.; eingehend und überzeugend seine Widerlegung der Gegenmeinung auf S. 201 ff. - Wohl auch Palandt-Bassenge, Einl. 4 b vor § 854 ("doppelte Zuordnung"). - Vgl. auch Engländer S. 112 - 114 Fußn. 216. Vgl. auch Gieseke, in: Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, 2. Band, Berlin 1929, S. 426 - 433 m.w.N. zur Erklärung der beschränkten dinglichen Rechte. Vgl. auch Hirschfeld S. 38 f. (insbesondere Fußn. 37). Vgl. auch Güthe ZDNotV 1911, 726 ff.

des Rangs nicht sein, eine Kollision bereits von vornherein zu verhindern¹¹⁷⁾. Denn nur nach dieser abzulehnenden Theorie hätte jeder der verschiedenen Berechtigten seinen eigenen, verselbständigten, mit besonderem Rang ausgestatteten Teil an Herrschaftsbefugnissen, der sich deswegen nicht mit einem anderen überschneiden könnte (da nach dem Grundsatz "niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat" der Inhaber eines rangschlechteren Rechts von vornherein nur noch die Herrschaftsbefugnis über die Sache erlangen könnte, die nicht bereits an einen anderen, vorgehenden Berechtigten durch qualitative Absonderung vergeben wäre). Da die Machtbefugnisse aber vervielfältigt sind und sich überschneiden, kann es Aufgabe des Rangs als Instrument zur Kollisionsregelung dagegen erst sein, die Reihenfolge zu ordnen, in der die sich überlappenden Rechte im einzelnen in ihrer Verwirklichung zum Zuge kommen. Der Rang dient mithin als rechtstechnisches Mittel zur Lösung vorhandener Kollisionen¹¹⁸⁾.

-
- 117) Zu diesem Ergebnis müssen aber konsequenterweise alle o.a. Vertreter der Eigentumssplittertheorie kommen. Ausdrücklich auf den Standpunkt dieser Funktion des Rangs (Kollisionsvermeidung) stellen sich etwa: v. Tuhr II 2 S. 571; Oberneck I § 40 Bem. 5; Breit S. 3; Biermann (Lehrbuch) S. 344 f.; Koch (Diss.) S. 10; Schmitt S. 6, 11 - 15. - Nach Bock S. 3 wird jedenfalls unter der Prämisse, daß das Moment der Rechtsausübung wesentlich für die Definition der Kollision sei, durch die Rangordnung eine Kollision bei der Ausübung vermieden. - Die Mot. I S. 275 gehen wohl davon aus, daß bei Vor- u. Nachrang Kollisionen verhindert werden, bei Gleichrang aber eine bestehende Kollision gelöst wird.
- 118) Zu diesem Ergebnis müssen konsequenterweise sämtliche o.a. Autoren gelangen, die sich gegen den Splittergedanken und für die Vervielfältigung der Herrschaftsbefugnisse aussprechen. Ausdrücklich hervorgehoben wird diese Aufgabe des Rangs etwa von Hirsch S. 33 ff., 199, 205, 329 u. passim; Zitelmann AcP 99, 32 ff.; Grunsky S. 20. - Vgl. auch Bock S. 1 - 7. - Für das ältere Recht in dieser Richtung etwa Exner S. 508 Fußn. 42 m.w.N. zum Streitstand.

Würde eine Kollision bereits von vornherein vermieden durch die Rangordnung, bliebe auch die Regelung in §§ 1024, 1060, 1090 unverständlich. Wozu bedürfte es dann noch einer besonderen richterlichen Regelung der Ausübung, wenn das Gesetz selbst durch Schaffung einer Rangordnung nach Rangvorschriften einer Kollision bereits vorgebeugt hätte? Eine Ausgestaltung durch den Richter erschiene überflüssig, sogar systemwidrig, weil gegen das Gewaltenteilungsprinzip verstoßend, da eine endgültige gesetzliche Regelung nicht wieder durch den Richter umgestoßen werden dürfte. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, nur bei Gleichrang - im Gegensatz zum Vorrang - werde eine Kollision erst durch den Rang gelöst. Wie bereits mehrfach dargelegt, ist eine derartige strukturelle Differenzierung zwischen Vor- und Gleichrang unzulässig.

Die Ordnungsaufgabe des Rangs besteht demnach darin, das Zusammentreffen mehrerer Rechte dergestalt zu regeln, daß bestehende Kollisionen gelöst werden. Womit erst recht auch die Auffassung als widerlegt angesehen werden muß, wonach der Rang eine Kollision sowohl vermeiden als auch lösen könne¹¹⁹⁾. Beide Aufgaben zugleich lassen sich nicht miteinander vereinbaren.

III. Wurde der Schwerpunkt bei der Eingrenzung der materiellen Funktion des Rangs bislang auf die Art und Weise der Kollisionsregelung gelegt, muß noch ausgelotet werden, bei welchen Rechtsrichtungen der Rang die Kollision regeln soll. Wenn bislang nur ganz allgemein von der Lösung der Kollision der "dinglichen Rechte" die Rede war, ist noch abzuklären, was unter dieser Komponente im einzelnen zu verstehen ist. Denn zum einen lassen sich die dinglichen Rechte in das Eigentum als Vollrecht und die aus ihm abgeleiteten begrenzten Sachenrechte aufteilen;

119) Dahingehend etwa Endemann S. 50.

und zum anderen kennt gerade das Grundstücksrecht verschiedene Erscheinungen - Vormerkung, Verfügungsbeschränkung und Widerspruch - , die von verschiedenen Autoren sogar als echte Rechte behandelt werden, die aber zumindest rechts-ähnliche Wirkungen zeigen.

1. Ob nur die beschränkten dinglichen Rechte¹²⁰⁾ mit einem Rang ausgestattet sind oder ob auch das Eigentum einen Rang hat, darüber besteht seit altersher Streit. Und es handelt sich hierbei nicht nur um einen rein akademischen, für die Praxis fruchtlosen Streit, ob man die dem Eigentum mit dem beschränkten Recht erwachsene Schranke nun als Ausfluß eines Rangverhältnisses zwischen Mutter- und Tochterrecht zu werten habe. Die praktische Relevanz der Streitfrage zeigt sich z.B. beim Grundbucheintragungsverfahren darin, ob der Grundbuchbeamte nach § 45 II GBO vorzugehen hat (wenn Rang des Eigentums zu bejahen wäre) oder ob diese Verfahrensvorschrift gemäß § 45 III, 1. Altern. nicht anzuwenden ist (wenn kein Rang besteht)¹²¹⁾.

120) Wolf S. 25 beanstandet die Begriffsbildung "beschränkte dingliche Rechte" generell, da auch das Eigentum nicht inhaltlich unbeschränkt und es infolgedessen irreführend sei, die anderen Sachenrechte als "beschränkte" Rechte zu bezeichnen. Sicherlich hat Wolf recht, daß auch das Eigentum nur Herrschaft über die jeweilige Sache gewährt und insofern auf diese beschränkt ist. Freilich ist auch der Unterschied in den Herrschaftsbefugnissen zwischen Eigentum und den übrigen dinglichen Rechten nicht zu verkennen: Das Eigentum ordnet einen Gegenstand einer Person umfassend zu, während alle sonstigen dinglichen Rechte nur irgendwie begrenzt das Objekt erfassen und nur auf irgendeine Art eingeschränkt, nach ihrem Inhalt, den Gegenstand einer Person zuordnen. Deshalb sollte am Begriff weiter festgehalten werden, da durch ihn die lediglich begrenzte Sachzuordnung zum Ausdruck kommt, zumal diese Terminologie sich auch eingebürgert hat (vgl. etwa Westermann § 5 II 1; Wolff-Raiser § 2 II 1) und allgemein verständlich ist.

121) Vgl. RGZ 116, 356 (363); vgl. auch KGJ 38, A 262 (264 f.).

Gerade aus der Erkenntnis, daß der Teilungsgedanke ungeeignet ist, die Entstehung beschränkter dinglicher Rechte zu erklären, wird mitunter der - angeblich zwingende - Schluß gezogen, daß auch das Eigentum in einem Rangverhältnis zu den beschränkten Rechten stehen müsse. Aus der Vielfältigung der Rechte des Eigentümers im Verhältnis zu den beschränkt Berechtigten folge notwendigerweise eine Einschränkung des Eigentümers nur insoweit, als er nicht mehr in der Lage sei, ihm weiterhin zustehende Befugnisse gegenüber den beschränkten Rechtsinhabern auszuüben - das aber sei gerade die typische Folge des Rangverhältnisses¹²²⁾.

Andererseits schließen sich aber auch manche Vertreter der Eigentumssplittentheorie dem Gedanken an, daß auch dem Eigentum ein Rang innewohne - freilich ohne das näher zu begründen¹²³⁾. Um eine Begründung bemühen sich hingegen wieder andere, die den (Nach-)Rang des Eigentums herleiten aus dem Satz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet"¹²⁴⁾, bzw. sich im gleichen Sinne auf die "Rechtslogik" berufen¹²⁵⁾.

Denjenigen, die den Nachrang des Eigentums aus der Rechtslogik ableiten, ist zuzugeben, daß der Eigentümer sich mit Bestellung eines begrenzten Rechts selbst ipso iure eine Ausübungsschranke setzt. Denn ein beschränktes dingliches Recht, das an der Herrschaftsmacht des Vollrechts scheitern würde, wäre - da es nicht ausgeübt werden könnte - eine zwecklose Erscheinung, was nicht im Sinne der Rechtsordnung liegen kann. Insoweit überzeugt die Argumentation mit der Rechtslogik. Daraus aber weiterhin auch auf ein rechtslogisch bedingtes Rangverhältnis zu schließen, vermag nicht zu überzeugen. Da eine Behinderung in der Ausübung sich auch anders erklären läßt als gerade durch ein R a n g v e r - h ä l t n i s , ist diese Folgerung nicht zwingend.

122) In dieser Richtung namentlich Hirsch S. 199 f. und Grunsky S. 21.

123) Etwa Wolff-Raiser § 51 III, § 147 I 3; Enneccerus-Nipperdey I § 79 A I 1.

124) Mot. III S. 225.

125) Mot. I S. 275.

Hirsch¹²⁶⁾ und Grunsky¹²⁷⁾ ist zuzugeben, daß bei einer Vervielfältigung und dadurch bedingten Überschneidung der Rechte ein Mittel gefunden werden muß, Ordnung in die aufeinanderprallenden Herrschaftsbefugnisse des Eigentümers und des beschränkt Berechtigten zu bringen; und auf den ersten Blick erscheint es sogar naheliegend, zur Regelung dieses Verhältnisses auf den Rang als rechtstechnisches Mittel zur Kollisionslösung zurückzugreifen¹²⁸⁾. Wenn sich jedoch zeigen sollte, daß sich dogmatisch die Einschränkung des Eigentums durch die aus ihm abgeleiteten Rechte auch anders erklären läßt, dann ist die Schlußfolgerung Hirschs und Grunskys zumindest nicht zwingend.

Ansatzpunkt zu einer Untersuchung dieses Problemkreises muß § 903 sein. Da unter Rechten Dritter i.S. dieser Vorschrift unstreitig auch beschränkte dingliche Rechte zu verstehen sind¹²⁹⁾, müßte § 903 eine Rangnorm darstellen¹³⁰⁾¹³¹⁾. Ein Vergleich mit dem anderen, auf gleicher Stufe stehenden Vorbehalt in § 903, den "Gesetzen", ergibt jedoch, daß es sich bei den Einschränkungen i.S. dieser Vorschrift bereits um besondere dingliche Ausübungsschranken v o n v o r n h e r e i n handelt (während der Rang doch eine vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen nachträglich geschaffene Schranke bildet). Ebenso wie entgegenstehende

126) S. 199 f.

127) S. 21.

128) Daß der schlechte Rang des Eigentums eine Folge der Vervielfältigung der Rechte sei, klingt auch bereits bei Bock S. 33 f. an.

129) Nach RGRK - Pritsch § 903 Anm. 14 sind mit entgegenstehenden Rechten Dritter sogar i n e r s t e r L i n i e dingliche Rechte an der Sache gemeint.

130) So denn auch konsequent Bock S. 40; Wittkowsky S. 84.

131) Ob das Eigentum seinem Inhalt nach oder nur in seiner Ausübung beschränkt ist durch die Gesetze und Rechte Dritter, braucht in diesem Zusammenhang nicht entschieden zu werden. Vgl. dazu die Nachweise beider Ansichten bei Westermann § 28 II 3 a.E.

Gesetze dem Herrschaftsbereich schon von vornherein Grenzen setzen, ist auch dem Eigentum durch Rechte Dritter insoweit eine Schranke gesetzt. In § 903 ist insofern in beiden Vorbehalten eine ausdrückliche normative Pflichtenfestlegung für den Eigentümer enthalten. Der Unterschied zwischen den "Gesetzen" und den "Rechten Dritter" ist nur darin zu sehen, daß einmal solche ausdrücklichen Schranken gemeint sind, denen der Eigentümer sich nicht freiwillig unterwerfen muß; während das andere Mal solche Grenzen gesetzt sind, die sich der Eigentümer freiwillig selbst durch Bestellung einer Belastung errichtet hat. Dabei ist diese willentliche Beschränkung in der Ausübung aber durch Wertung des Gesetzgebers in § 903 ebenfalls zur Gesetzeskraft erhoben.

Aus der Gleichstellung der "Gesetze" mit den "Rechten Dritter" in § 903 läßt sich zudem noch ein zusätzlicher Anhaltspunkt gegen den Charakter der Vorschrift als *Rangnorm* ableiten. Da die "Gesetze" mit den "Rechten Dritter" auf eine Stufe gesetzt sind, müßte konsequenterweise auch ein Rangverhältnis zwischen Eigentumsrecht und Gesetzen bestehen. Zwar ist ein Rangverhältnis - wenn auch im anderen Sinne - zwischen Rechtsnormen untereinander möglich; eine solche Beziehung zwischen einem Recht und einer Rechtsnorm anzunehmen, erscheint undenkbar. Ein zwangloses einheitliches Verständnis der Vorbehalte in § 903 wird demgegenüber ermöglicht, wenn man beide als gewöhnliche, vom Gesetzgeber von vornherein festgelegte Ausübungsschranken für das Eigentum versteht.

Mit der Auffassung von § 903 als *Rangnorm* ließe sich auch kaum vereinbaren, daß unter "Rechte Dritter" anerkanntermaßen nicht nur beschränkte dingliche Rechte fallen, sondern auch sonstige Rechtseinrichtungen, z.B. das schuldrechtliche Recht zum Besitz oder das Urheberrecht¹³²⁾. Da der Besitz, und erst recht das Urheberrecht, kein beschränk-

132) Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei RGRK-Pritsch § 903 Bem. 14.

tes dingliches Recht an der Sache darstellt¹³³⁾, müßte auch im Verhältnis eines dinglichen Rechts zu a n d e r e n a l s d i n g l i c h e n Herrschaftsbefugnissen ein Rangverhältnis angenommen werden. Das aber erschiene wegen der Wesensunterschiede zwischen dinglichem Recht und anderen Rechtseinrichtungen ebenso bedenklich wie etwa die Annahme eines Rangverhältnisses zwischen dinglichen Rechten und Forderungen¹³⁴⁾.

Und gegen die Wertung des § 903 als Rangnorm ist schließlich anzuführen, daß nach den Motiven der Nachrang des Eigentums selbstverständlich sei¹³⁵⁾. Die ausdrückliche Hervorhebung einer Selbstverständlichkeit in einer Gesetzesnorm erschiene aber zumindest befremdlich.

Zudem stellt sich die dem Gesetzgeber vorgegebene Interessenlage völlig anders gelagert dar, wenn die Beziehungen Eigentum - beschränktes Recht einerseits, beschränkte Rechte untereinander andererseits verglichen werden. Indem er die begrenzten Sachenrechte überhaupt anerkannte, war der Gesetzgeber notwendigerweise gezwungen, das Eigentum als Mutterrecht zurücktreten zu lassen. Denn welchen Nutzen hätte ein begrenztes Sachenrecht, wenn es den Eigentümer nicht insoweit von dessen Sachherrschaft ausschlösse? Allein mit den Wirkungen gegen Dritte ist dem beschränkt Berechtigten nicht gedient; und zudem gehört es zum Begriff des dinglichen Rechts, daß es gegen jedermann¹³⁶⁾, also auch gegen den Eigentümer wirkt.

133) Dabei kann dahingestellt bleiben, welche Rechtsnatur dem Besitz selbst zuzuerkennen ist. Das vom Besitz zu unterscheidende "Recht zum Besitz" (vgl. etwa Wolf S. 38) ist jedenfalls kein Recht an der Sache, zumal wenn es auf obligatorischen Beziehungen beruht.

134) Gegen die Annahme eines Rangverhältnisses zwischen dinglichen Rechten und Forderungen etwa de Boor (Kollision) S. 90; vgl. auch Bock S. 5.

135) Mot. I S. 275: Der Nachrang des Eigentums folge aus der Rechtslogik, als Gegensatz zu einer besonderen Gesetzesbestimmung; ähnlich Mot. III S. 225.

136) Vgl. etwa Wolff-Raiser § 2 I.

Anders liegt die Situation bei den verschiedenen dinglichen Rechten untereinander: Dem Gesetzgeber wäre es unbenommen geblieben, auf eine Rangordnung zwischen den Rechten zu verzichten und den allgemeinen Grundsatz des Präventionsprinzips beizubehalten oder etwa anteilsmäßige Befriedigung wie im Konkurs zuzulassen (daß die Wirtschaft darunter erheblich leiden würde, steht auf einem anderen Blatt). Aus Zweckmäßigkeitsgründen zur gedeihlichen Gestaltung des Verkehrslebens - insbesondere des Immobiliarkredits - hat sich der Gesetzgeber für das Prioritätsprinzip entschieden. In Regelung des Verhältnisses Eigentümer - beschränkt Berechtigter hatte der Gesetzgeber demgegenüber keine andere Wahl, als dem Eigentümer notwendigerweise ein Hindernis in seiner Machtausübung zu setzen. Dieses n o t w e n d i g e Zurückweichen aber kann nicht mit dem Rang - einem vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen willkürlich geschaffenen Rechtsinstitut - identisch sein; notwendige Begrenzung und nur zweckmäßigerweise eingeführte Schranke schließen sich aus¹³⁷⁾.

Gegen die Rangfähigkeit des Eigentums läßt sich darüber hinaus auch ins Feld führen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch¹³⁸⁾ seinem Wortlaut nach die Beziehung zwischen Eigentümer und beschränkt Berechtigtem nicht unter das Rangverhältnis fallen läßt¹³⁹⁾. So spricht etwa § 879 I 1 nur vom Rang der Rechte, die das Grundstück b e l a s t e n, d.h. also gerade n i c h t vom Rang des G e g e n s t a n d s d e r B e l a s t u n g e n. Auch geht § 879 I 1 davon

-
- 137) Dieses Indiz gegen den Rang des Eigentums klingt bereits bei verschiedenen Schriftstellern an, so bei Rosenberg (Vorbem. IV 1 b vor § 879), wenn er vom bereits "begrifflichen" Vorgehen des Eigentums spricht; bei Hedemann § 15 III, wonach "bereits der Natur der Sache nach" der Eigentümer zurücktreten müsse; bei Eichler I S. 102 f. (das Weichen des Eigentümers folge bereits aus dem Wesen der Einschränkung des Eigentumsrechts).
- 138) Freilich entgegen der Auffassung der Motive, Mot. I S. 275 u. Mot. III S. 225.
- 139) Das muß selbst Bock S. 40 f. als Verfechter der Rangfähigkeit des Eigentums zugestehen. Ebenso v. Tuhr II 1 S. 75 Fußn. 81.

aus, daß mehrere Rechte in derselben Abteilung möglich sein müssen; die erste Abteilung des Grundbuchblattes aber ist allein dem Eigentum vorbehalten, so daß es dort niemals zu mehreren Rechten kommen kann. Ähnlich wie § 879 I 1 regelt § 881 I, IV den Rang bei der "Belastung" des Grundstücks; das Eigentum selbst ist aber gerade keine Belastung. In diesem Sinne gehen auch die §§ 1024, 1060, 1090 II, 1119, 1208 f., nur von einem Rangverhältnis der verschiedenen **b e s c h r ä n k t e n** Rechte an Grundstücken aus. Auch die Ausdrucksweise in § 903¹⁴⁰⁾ läßt sich in dieser Richtung heranziehen: In dieser Vorschrift wählt der Gesetzgeber für das Verhältnis Eigentum - begrenztes Sachenrecht den Ausdruck "entgegenstehen", während ansonsten in Umschreibung des Rangverhältnisses stets von "vorgehenden" Rechten die Rede ist (vgl. §§ 1208 I 1, 914 I 1; 1032 S. 2 a.E.; 1124 I 2 a.E.; 1131 S. 2; 1242 II 2; 1290 BGB; § 21 II ErbbauRVO).

Auch in dem für das Grundstücksachenrecht wichtigen Gesetz über die Zwangsversteigerung und -verwaltung ist das Eigentum nirgends als Träger eines Rangs ausdrücklich erwähnt. So ist es z.B. nicht in § 10 ZVG in der letzten Klasse erwähnt. Angesichts der ansonsten peinlich genauen Regelung in § 10 ZVG kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Rang des Eigentums als selbstverständlich und nicht der Rede wert vorausgesetzt wird¹⁴¹⁾. Und dem steht auch nicht entgegen, daß der Eigentümer in der Zwangsversteigerung in der Tat doch zu berücksichtigen ist; dabei handelt es sich um eine Folge des Surrogationsprinzips, nicht aber des (schlechtesten) Rangs.

Neben dem Wortlaut sprechen auch eine Reihe von konstruktiven Bedenken gegen den Rang des Eigentums:

140) Was zugleich wieder ein Indiz gegen die Auffassung von § 903 als **R a n g n o r m** abgibt.

141) So aber Bock S. 34.

Schwierigkeiten ergeben sich zunächst im Zusammenhang mit dem vom Gesetzgeber ausdrücklich anerkannten Institut des Eigentümergrundpfandrechts (vgl. vor allem §§ 1163, 1177). Diesem kann der rangwahrende Charakter nicht abgesprochen werden, da es dessen Hauptzweck gerade ist, dem Eigentümer die Rangvorteile des Grundpfandrechts zu sichern¹⁴²⁾. Wenn man sich aber der in der Literatur verschiedentlich vertretenen Auffassung von der Rechtsnatur des Eigentümergrundpfandrechts als "Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle"¹⁴³⁾ anschliesse, träte der Fall eines einzigen Rechtes mit mehreren unterschiedlichen Rängen ein: Einmal hätte das Eigentum seinen unabänderlichen Nachrang, zum anderen aber auch zugleich den davon verschiedenen Rang des Eigentümergrundpfandrechts - das kann aber nicht möglich sein. Und auch sonst, gleichgültig welcher der verschiedenen Ansichten zur Rechtsnatur des Eigentümergrundpfandrechts man auch folgt¹⁴⁴⁾, entstünden konstruktive Schwierigkeiten. Denn irgendwie ist das Eigentümergrundpfandrecht letztlich doch stets auf die Eigentumsstellung zurückzuführen, da sich nur daraus der Rückfall der Herrschaftsbefugnisse des ursprünglichen Fremdgrundpfandrechts an den Eigentümer erklärt - womit stets die Problematik zweier verschiedener Ränge aus ein und demselben Recht auftaucht.

Den Verfechtern der Auffassung vom Rang des Eigentums ist auch entgegenzuhalten, daß sie die Eigentümlichkeit des unabänderlichen "Nachrangs" des Eigentums kaum erklären können (gemäß § 903 muß das Eigentum stets allen begrenzten

142) S. etwa Westermann § 117 I 1.

143) Güthe - Triebel II S. 1786.

144) In der Literatur und Rechtsprechung werden sämtliche überhaupt nur denkbaren Theorien vertreten, s. nur die Übersichten bei Westermann § 117 III und Wolff-Raiser § 147.

Rechten weichen)¹⁴⁵⁾. Angesichts der umfassenden Möglichkeiten, einen anderen als den gesetzlichen Rang zu begründen (§§ 879 III - 881), erschiene es befremdend, wenn es ein Recht mit unverrückbarem Nachrang gäbe¹⁴⁶⁾. Auch eine nachträgliche Rangänderung gem. § 880 kann nicht stattfinden, da sich das abänderbare "Rangverhältnis" i.S. dieser Vorschrift nur auf das Rangverhältnis i.S.d. § 879 I 1 bezieht, also nur auf das Rangverhältnis der Belastungen und nicht auch des Eigentums als Gegenstand der Belastungen¹⁴⁷⁾.

Weil die beschränkten dinglichen Rechte erst *n a c h* dem Eigentum entstehen, würde - ginge man vom Nachrang des Eigentums aus - zudem der allgemeine Rechtsgrundsatz "*prior tempore, potior iure*" ad absurdum geführt; das früher entstehende Recht (Eigentum) hätte stets den schlechteren Rang als die notwendigerweise erst später entstehenden beschränkten Rechte. Dieser fundamentale Gedanke des Altersrangs liegt aber der Regelung des gesamten Sachenrechts zugrunde¹⁴⁸⁾.

Und noch eine konstruktive Schwierigkeit ergibt sich daraus, daß das Eigentum stets weichen muß. Die Bestellung eines weiteren beschränkten Rechts nach einer bereits bestehenden Belastung würde den "Rang" des Eigentums weiter verschlechtern, da ihm nun noch ein Recht mehr vorginge. Insoweit mußte jede Bestellung einer weiteren Belastung sich dem Eigentümer gegenüber als Rangänderung darstellen. Eine Vorstel-

145) Grunsky S. 21 f. sieht diese Schwierigkeit, hält sie jedoch nicht für hinderlich, dem Eigentum Rang zuzuerkennen; er weist schlicht auf den insoweit angeblich bestehenden Unterschied zwischen dem Rang des Eigentums und dem der beschränkten dinglichen Rechte hin.

146) So hält denn auch - in anderem Zusammenhang - BGHZ 6, 70 (74) die Möglichkeit der Rangänderung für ein unabdingbares Wesenserfordernis des Rangs.

147) Daß im Rahmen der Vertragsfreiheit hingegen eine rein *s c h u l d r e c h t l i c h e* Abänderung des "Rangverhältnisses" Eigentümer - begrenzt Berechtigter möglich sei (vgl. Bock S. 38 f.), steht auf einem anderen Blatt.

148) Statt aller s. nur Wolff-Raiser § 41 und § 172 I.

lung, die befremdet, zumal § 880 nur von der Rangänderung der beschränkten Rechte untereinander ausgeht. Und ebenso müßte dann im Wegfall eines dinglichen Rechts eine Rangänderung, Rangverbesserung zu sehen sein, da dem Eigentümer dann ja ein begrenztes Recht weniger vörginge. Ein genauso bedenklich stimmender Gedanke.

All diese dogmatischen Erwägungen gegen den Rang des Eigentums werden auch durch wirtschaftliche Überlegungen gestützt: Die Bedeutung des Rangs zeigt sich im wirtschaftlichen Kampf verschiedener Belastungsinhaber untereinander. Diese streiten miteinander, wer bei Verwirklichung seines Rechts am besten zum Zuge kommt, wenn es um die Verwertung des Grundstücks geht. Der Eigentümer selbst aber ist von vornherein stets auf das angewiesen, was die beschränkt Berechtigten ihm (wenn überhaupt) übrig lassen. Zwischen ihm und den übrigen dinglich Berechtigten kann es insoweit nie zu Spannungen um die Reihenfolge bei der Ausübung der Rechte kommen. In der Verkehrsanschauung dürfte sich auch schwerlich die Überzeugung herausgebildet haben, daß ein Recht, das stets zum Weichen verurteilt ist, Träger eines Rangs sein könne. Nach natürlicher Auffassung muß doch zumindest die Möglichkeit bestehen, daß auch das nachrangige Recht einmal einem anderen vorgehen kann. Das aber ist beim Eigentum nicht der Fall.

Entgegen einer in der Literatur weitverbreiteten Ansicht¹⁴⁹⁾¹⁵⁰⁾

- 149) Für den Rang des Eigentums sprechen sich aus: Mot. I S. 275; Mot. III S. 225; Denkschrift S. 120; Wittkowsky S. 85; Wussow S. 3; Hirsch S. 33 ff., 199 f., 396, 418, 420, 447; Schloßmann IherJb. 45, 355 f.; v. Tuhr II 1 S. 75, 79; Oertmann IherJb. 66, 143; Krückmann AcP 103, 277; Maenner S. 62; Sottung S. 37 f.; Emmerich S. 75 f.; Zitelmann AcP 99, 32 ff.; Wolff-Raiser § 51 III, § 147 I 3; Enneccerus-Nipperdey I § 79 A I 1; Grunsky S. 21 f.; Palandt-Bassenge Einl. 2 a vor § 854; Schmelzeisen Rdn. 283; Teichmann S. 26. Wohl auch Biermann (Lehrbuch) S. 344 und OLG Nürnberg DNotZ 1967, 761 (762). Eingeschränkt auch Bock S. 34 f.
- 150) Daß auch die Befürworter des Eigentumsrangs mitunter nicht völlig von ihrer Ansicht überzeugt sind, ist zu erkennen an der gelegentlich gewählten vorsichtigen Ausdrucksweise, "man könne vom Rang des Eigentums sprechen"(so z.B. v. Tuhr II 1 S. 75). Darin kommt ein gewisses Unbehagen zum Ausdruck.

ist damit¹⁵¹⁾ erwiesen, daß dem Eigentum kein Rang zukommt¹⁵²⁾¹⁵³⁾. Die Aufgabe des Rangs kann daher weiter präzisiert werden: Seine Funktion besteht darin, bestehende Kollisionen zwischen beschränkten dinglichen Rechten untereinander zu lösen.

-
- 151) Die Ablehnung des Rangs kann hingegen nicht auf die Begründung gestützt werden, daß im Verhältnis Eigentum - beschränkte Rechte gar keine Kollisionslage vorliege, zu deren Lösung folglich auch kein Rang erforderlich sei. Zu dieser sich häufig findenden Begründung etwa KGJ 38, A 262 (265); Hesse DFG 1938, 86; Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1; Predari § 46 Bem. 5. - Oben wurde bereits ausführlich dargelegt, daß auch zwischen Eigentümer und beschränkt Berechtigtem die Herrschaftsbefugnisse sich vervielfältigen und überschneiden.
- 152) Im Ergebnis ebenfalls gegen den Rang des Eigentums (mit der Begründung, daß keine Kollision vorliege) Hesse DFG 1938, 86; Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1; Predari § 46 Bem. 5; KGJ 38, A 262 (265). - Mit der Begründung, daß das Weichen des Eigentums Inhaltsbeschränkung und Teilungswirkung sei: Siebert S. 245 f.; ähnlich Eickmann, in: Grundbuchrecht, § 45 GBO Rdn. 7. - Mit der Berufung auf die Natur der Sache o. ä.: Hedemann § 15 III; Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879; Eichler I S. 102 f.; Gernhuber S. 74 f. - Ohne jegliche Begründung: Reinhard - Müller § 48 Erl. IV, 2; Planck-Strecker § 879 Bem. 7 c; Endemann S. 735 Fußn. 6; Reinhard Gruchot 62, 323; Güthe-Triebel § 45 Bem. 13; Nikisch S. 57; Lange (Boden) S. 39; Goldmann-Lilienthal § 39 Fußn. 5; Achilles-Strecker § 45 Anm. 5; Turnau-Förster II § 46 Bem. 1; Breit S. 4; Friedrich S. 10; Staudinger-Seufert § 883 Rdn. 63; Holderbaum JZ 1965, 713; Meikel-Imhof-Riedel III § 45 Bem. 35; Löffler S. 39; Kehrer-Bühler-Tröster § 2 B VI 1 a Fußn. 369; RGZ 116, 356 (363); KG JFG 6, 358 (362); 8, 318 (321); BGH DNotZ 1971, 411 (413). - Wohl auch Galewski S. 20; Wussow S. 24. - Nach Meiser Gruchot 57, 590 f. hat das Eigentum jedenfalls keinen Rang im engeren Sinn. - Nach Hieber DNotZ 1951, 501 hat das Eigentum keinen Grundbuchrang, soll aber allerdings doch in einer "natürlichen zeitlichen Rangfolge" stehen. - Vgl. auch Bock S. 30-40.
- 153) Daher ist auch nicht möglich, zur Erklärung des Rangs vom Verhältnis des Eigentümers zum beschränkt Berechtigten auszugehen und diese Ergebnisse dann auf das Verhältnis der beschränkt Berechtigten untereinander zu übertragen, wie es aber z.B. Bock S. 41 ff. macht.

2. Welche Erscheinungen im einzelnen unter die beschränkten dinglichen Rechte fallen, ist nicht auf Anhieb eindeutig zu bestimmen. Es fragt sich, ob auch zumindest rechts ä h n - l i c h e Einrichtungen Träger eines Rangs sein können. Für verschiedene Grundbucheintragungen wie Vormerkung, Verfügungsbeschränkung und Widerspruch wird das immer wieder behauptet¹⁵⁴⁾.

a) Namentlich der Vormerkung wird häufig Rangfähigkeit zugeschrieben. Die dahingehenden Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung¹⁵⁵⁾ sind im Vergleich mit den Stimmen, die die Rangeigenschaft der Vormerkung ausdrücklich ablehnen, sogar bei weitem in der Überzahl. Das erscheint zunächst verwunderlich, weil die Vormerkung nur von sehr wenigen für ein eigenständiges beschränktes dingliches Recht gehalten wird¹⁵⁶⁾. Lediglich wenn man sich auf den Standpunkt stellt, bei ihr handele es sich um ein echtes dingliches Recht, ist ohne Schwierigkeiten auch die Rangfähigkeit der Vormerkung zu erklären¹⁵⁷⁾. Unter dieser Prämisse kann man sogar nicht umhin, der Vormerkung Rangeigenschaft zuzuerkennen, da sie insoweit den übrigen begrenzten dinglichen Rechten gleichgestellt werden müßte¹⁵⁸⁾.

154) Daß es sich bei diesem Problemkreis auch nicht nur um einen rein theoretischen, praktisch bedeutungslosen Streit handelt, folgt schon daraus, daß es einen gravierenden Unterschied macht, ob sich das Verhältnis dieser Grundbucheintragungen zu den echten Belastungen nach den Maßstäben des § 879 I oder nach sonstigen allgemeinen Kriterien richtet.

155) Statt vieler seien vorerst nur genannt: Westermann § 84 III 2 a; Meiser Gruchot 57, 590 ff.; RGZ 124, 200 (202 f.).

156) Sekler S. 124 ff.; Kreuz; Heck § 47 IV; Kempf JuS 1961, 22 ff.; Wunner NJW 1969, 114 ff.; Wolf S. 391; nach Othmer S. 80 ist die Vormerkung sogar bereits das spätere Sachenrecht; nach Fuchs Gruchot 46, 549 - 566 ist sie wenigstens ein bedingtes dingliches Recht.

157) So ist etwa für Kreuz S. 51 f. selbstverständlich, der Vormerkung wie jedem dinglichen Recht Rang zuzuerkennen.

158) Zahlreiche Nachweise zu den divergierenden Auffassungen von der Rechtsnatur der Vormerkung bei Kempf JuS 1961, S. 24 f. Fußn. 19-24, bei Wolf S. 395 ff. Fußn. 11-22 und bei Westermann § 84 I 2 b. Einen wohl erschöpfenden Überblick über den älteren Meinungsstand geben Sekler S. 111 ff; Philippsen S. 24-33; Lang S. 27-29; Labs S. 7-26 und Grüter S. 15-27.

Als Indiz g e g e n die Ausgestaltung der Vormerkung zum besonderen Sachenrecht kann bereits die Entstehungsgeschichte der Norm verwertet werden. In der zweiten Lesung des Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde ein Antrag gestellt, die Vormerkung als dingliche Belastung des Grundstücks zu konstruieren¹⁵⁹⁾. Bei der Beratung über diese Eingabe traten verschiedene Auffassungen zur juristischen Natur der Vormerkung hervor¹⁶⁰⁾. Dazu wurde keine eindeutige Stellungnahme abgegeben. - Abgesehen davon, daß gerade die Ausgestaltung zur selbständigen dinglichen Belastung von der Mehrheit ausdrücklich abgelehnt wurde¹⁶¹⁾, was an einer anderen Stelle der Materialien später nochmals bestätigt wurde¹⁶²⁾.

Gegen die Wertung der Vormerkung als Grundstücksrecht ist des weiteren die Systematik des BGB anzuführen: Den Rechten am Grundstück sind im dritten Buch des BGB in den Abschnitten 3 - 9 besondere Abteilungen gewidmet. Demgegenüber findet sich die Vormerkung im Abschnitt "Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken", der den Abschnitten über die einzelnen Grundstücksrechte vorangestellt ist.

Auch aus inneren Gründen, aus dem Begriff des Sachenrechts überhaupt, ergibt sich ein durchschlagendes Argument gegen den Rechtscharakter der Vormerkung: Kennzeichnend für ein jedes Sachenrecht ist die unmittelbare Beziehung zu dem Gegenstand, an dem es besteht¹⁶³⁾. An solchen unmittelbaren Herrschaftsbefugnissen fehlt es dem Vormerkungsberechtigten aber gerade. Er hat noch nicht die Befugnis, irgendwie auf

159) Prot. III S. 740 - 742.

160) Prot. III S. 744 ff., insbesondere S. 745.

161) Prot. III S. 746.

162) Prot. IV S. 586.

163) Statt vieler vgl. etwa Wolff-Raiser § 2 I; Staudinger-Seufert Einl. vor § 854 Rdn. 2; RGZ 53, 98 (100); 93, 234 (236); a.A. Wolf S. 4 f.

das betroffene Grundstück einzuwirken¹⁶⁴⁾; erst recht kann er nicht andere von der Einwirkung ausschließen, denn ihm bleibt nur die Möglichkeit, sich im nachhinein auf die relative Unwirksamkeit nach § 883 II zu berufen. Daher ist das mit der Vormerkung behaftete Objekt dem Berechtigten noch nicht unmittelbar zugeordnet¹⁶⁵⁾. Besonders deutlich ist das auch an der Möglichkeit einer Löschungsvormerkung nach § 1179 zu erkennen¹⁶⁶⁾: Bei dieser handelt es sich um eine Vormerkung zugunsten einer erst zukünftig entstehenden Eigentümerhypothek, welche die Substanz des Grundeigentums noch nicht unmittelbar ergreifen kann.

Der Vormerkungsgläubiger besitzt daher noch kein Recht an der Sache, vielmehr wird ihm lediglich die Möglichkeit verschafft, in Zukunft ein Sachenrecht zu erwerben; insoweit wird ein Recht erst vorbereitet. Daher ist insofern der h.M. zuzustimmen, als sie in der Vormerkung kein dingliches Recht sieht¹⁶⁷⁾. Aus den gleichen Gründen sind auch die Stimmen abzulehnen, die die Vormerkung als ein einem dinglichen Recht ähnliches Sicherungsrecht eigener Art, als dingliches Anwartschaftsrecht oder dingliches Befriedigungsrecht eigener Art verstehen¹⁶⁸⁾. Ebenso wenig kann es sich bei der Vormerkung um ein "vorläufiges" Recht handeln, wie gelegentlich zur Begründung der Rangfähigkeit behauptet wird¹⁶⁹⁾.

164) Rheinen S. 60 ff. hat überzeugend nachgewiesen, daß die Vormerkung keinerlei Recht zum aktuellen Handeln gewährt.

165) Vgl. Raape S. 75 f., 109; Voß IherJb. 60, 351; a.A. Strohal (Relative Unwirksamkeit) S. 41, 59.

166) Voß IherJb. 60, 354 f.

167) RGZ 116, 238 (239); 124, 200 (202); 151, 392; BGHZ 25, 23; 28, 184; 34, 257; BGH JuS 1973, 383; BGH WPM 1974, 1201; Philipsen S. 33 ff.; Biermann (Widerspruch) S. 167-180; Wolff-Raiser § 48 VII 1; Soergel-Baur § 883 Rdn. 2; Rosenberg S. 327 ff.; Staudinger-Seufert § 883 Rdn. 39; Palandt-Bassenge § 883 Bem. 2 a. Zahlreiche Nachweise aus der Literatur bei Holderbaum JZ 1965, 712 Fußn. 1 und bei Wunnen NJW 1969, 114.

168) Vgl. die Nachweise bei Rosenberg S. 331.

169) Thieme § 45 Bem. 7.

Damit kann auch ein weiteres Unterfangen, die Vormerkung als rangfähiges dingliches Recht darzustellen, als gescheitert betrachtet werden: Gelegentlich wird der Versuch unternommen, den Rang der Vormerkung damit zu erklären, daß es sich bei ihr wegen der herbeigeführten Verfügungsbeschränkung um eine Einschränkung des positiven Eigentumskerns handle, während die übrigen beschränkten Rechte den negativen Eigentumskern einschränken würden; da es sich aber bei beiden gleichermaßen um Einschränkungen des Eigentumskerns handle, müßte beiden auch dementsprechend ein Rang zustehen¹⁷⁰⁾. Diese Ausführungen überzeugen bereits aus den oben dargelegten Gründen nicht. Überdies ist nicht jede Einschränkung des Eigentumskerns als beschränktes dingliches Recht zu verstehen, denn andernfalls müßten auch etwa die entgegenstehenden "Gesetze" im Rahmen des § 903 als beschränkte dingliche Rechte aufgefaßt werden. Zum anderen wird auch durch § 883 II der Vormerkungsverpflichtete überhaupt nicht an einer Verfügung gehindert; seine Verfügung ist lediglich dem Vormerkungsberechtigten gegenüber relativ unwirksam¹⁷¹⁾. Insoweit kann auch von einer Einschränkung des positiven Eigentumskerns nicht die Rede sein. Die Verfechter dieser Auffassung scheinen zudem, wenn sie zwischen der Einschränkung des negativen und positiven Eigentumskerns eine Parallele ziehen, einen Vergleich einzuführen, für den sich im Bürgerlichen Gesetzbuch keinerlei Anhaltspunkte ergeben. Schon die grundsätzliche Unterteilung in positive und negative Kategorien von Eigentumsbeschränkungen überzeugt daher nicht. Aber selbst wenn man dieser Einteilung folgen sollte, ist damit noch nicht erklärt, wieso es sich bei beiden Einschränkungen gleichermaßen um beschränkte dingliche Rechte handeln sollte.

Da die Vormerkung somit nicht als dingliches Recht verstanden werden kann, ist ihre Rangfähigkeit jedenfalls nicht damit zu begründen, daß sie eine Grundstücksbelastung wie jede andere bilde und daher ohne weiteres von §§ 879 ff. erfaßt

170) Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1; ebenso Hesse DFG 1938, S. 88 i.V.m. S. 86 f.

171) Vgl. etwa Wolff-Raiser § 48 III 1.

werde. Der Wortlaut der §§ 879 ff. spricht demnach gegen den Rang sonstiger Grundbucheintragungen wie der Vormerkung. Im Gesetz ist nur die Rede von "Belastungen", worunter lediglich die beschränkten dinglichen Rechte zu verstehen sind¹⁷²⁾.

Des weiteren wird von den Befürwortern des Vormerkungs-rangs häufig auf § 883 III verwiesen. Aus dieser Regelung wird der Schluß gezogen, die Vormerkung werde insoweit dem späteren beschränkten dinglichen Recht selbst gleichgestellt, müsse mithin auch Rangträger sein wie jenes¹⁷³⁾. Dabei wird jedoch übersehen, daß jene Vorschrift gerade - und nur - vom Rang des künftigen Rechts handelt. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es lediglich, das noch nicht entstandene Recht zu schützen und es, was seinen Rang angeht, zu behandeln, als sei es bereits entstanden¹⁷⁴⁾¹⁷⁵⁾. Mithin läßt sich aus § 883 III kein Anhaltspunkt für den Rang der Vormerkung selbst ableiten¹⁷⁶⁾.

Mitunter wird zur Begründung des Rangs der Vormerkung auch auf die Regeln im Zwangsversteigerungsgesetz zurückgegriffen. So meint Meiser¹⁷⁷⁾, den Rang der Auflassungsvormerkung aus §§ 10, 11, 48, 92, 119 ZVG herleiten zu können. Diese Vorschriften würden die Rangfähigkeit der Vormerkung als solcher voraussetzen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Grundsätzliche Bedenken ergeben sich bereits daraus, daß der materielle Rang eines Rechtsinstituts aus rein vollstreckungsrechtlichen Normen abgeleitet werden soll. Zudem liegt

172) Vgl. etwa Wolff-Raiser § 2 II 1.

173) Planck-Streicher § 879 Erl. 7 f. und § 883 Erl. 3 b; Reichel S. 52 ff.

174) Die Geltung des § 883 III nur für zukünftige Rechte folgt auch daraus, daß er nur Wirkungen entfaltet, wenn das Recht später tatsächlich entsteht (vgl. dazu RGZ 65, 260 (263)).

175) Vgl. etwa Reichel S. 52. Auch nach BGHZ 13, 3, ist § 883 III dahin auszulegen, daß (nur) hinsichtlich des Rangs "die durch die Vormerkung gesicherte Eintragung s o b e h a n d e l t w i r d , a l s w e n n s i e s c h o n zur Zeit der Eintragung erfolgt wäre"; der Rang des späteren Rechts werde "zurückbezogen".

176) Ebenso schon Meiser Gruchot 57, 592 f.; Hesse DFG 1938, 88; Staudinger-Seufert § 883 Rdn. 63.

177) Gruchot 57, 590 ff.

die Parallele des § 48 ZVG - vornehmlich auf diese Vorschrift stützt sich Meiser - zu § 883 III auf der Hand. Ebenso wie § 883 III den zukünftigen Rechtsinhaber bereits schützen soll, dient auch § 48 ZVG der Interessenwahrung des zukünftigen Belastungsinhabers, der durch die Zwangsversteigerung nicht benachteiligt werden soll. Wie in § 883 III das vorbereitete Recht behandelt wird, als sei es bereits entstanden, wird auch in § 48 ZVG die Fiktion aufgestellt, daß das durch die Vormerkung gesicherte Recht bereits endgültig wirksam sei. Wenn § 883 III, wie oben dargelegt, nur vom Rang des künftig entstehenden Rechts handelt, kann auch die entsprechende Schutzvorschrift im ZVG nicht anders ausgelegt werden¹⁷⁸⁾. Entsprechendes muß dann für die übrigen vollstreckungsrechtlichen Normen gelten, die in Konsequenz des § 48 ZVG - ausnahmsweise im Interesse des Vormerkungsberechtigten - den Begünstigten einem Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts gleichstellen. Erst recht läßt sich nicht mit Meiser¹⁷⁹⁾ der Rang der Auflassungsvormerkung¹⁸⁰⁾ auf diese Art begründen. Vom hier vertretenen Standpunkt aus hat das durch sie gesicherte Eigentum keinen Rang; demnach kann auch die Auflassungsvormerkung erst recht keinen Rang haben.

Bislang wurde gezeigt, daß die h.M. nicht in der Lage ist, die Rangfähigkeit der Vormerkung zufriedenstellend zu begründen. Ihre Argumente konnten allesamt widerlegt wer-

178) Auf die Parallele zwischen § 883 III und § 48 ZVG weist bereits KGJ 22, A 311 (312) hin. Vgl. auch Grunsky S. 54.

179) A.a.O.

180) Ebenso für den Rang der Auflassungsvormerkung etwa: Horber § 45 Anm. 2 Bd; Staudinger-Seufert § 883 Rdn. 63; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 2 a aa, § 883 Bem. 7 a; Soergel-Baur § 879 Rdn. 1; Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. I 1; Hesse DFG 1938, 88; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 7; Holderbaum JZ 1965, 713; RGZ 124, 200 (202 f.); KG NJW 1964, 1479.

den¹⁸¹⁾. Im folgenden werden sich darüber hinaus auch noch andere Indizien gegen den Rang der Vormerkung gewinnen lassen.

In dieser Richtung ist zunächst die Regelung in § 883 I 1, 4. Altern. zu erwähnen. Danach kann eine Vormerkung auch zur Rangsischerung gestellt werden. Konsequenterweise zu Ende gedacht, müßte hier die Rechtsfigur eines Rangs zur Sicherung eines Rangs vorliegen. Eine recht seltsame Vorstellung.

Ferner ist die h.M. auch zu schwer verständlichen Unterscheidungen bei den einzelnen Vormerkungsarten gezwungen. Wenn auch meistens der Auflassungsvormerkung ebenfalls Rang zuerkannt wird¹⁸²⁾, so wird doch in der Regel zumindest die Löschungsvormerkung für rangunfähig gehalten¹⁸³⁾. Konsequenterweise müßte auch die Löschungsvormerkung am Rangverhältnis teilnehmen. So wird denn auch keine überzeugende Begründung geliefert¹⁸⁴⁾, wieso diese Vormerkungsart keinen Rang besitzen sollte.

-
- 181) Mitunter berufen sich die Verfechter des Vormerkungs-rangs auch auf reine Scheinargumente: Güthe-Triebel § 45 Rdn. 13 führen "innere Gründe" an, ohne jedoch irgendwie zu präzisieren, was darunter zu verstehen sei. Soergel-Baur § 879 Rdn. 1 gehen davon aus, unter § 879 fielen alle das Recht betreffenden Vermerke und somit auch die Vormerkung; dabei handelt es sich um keine Begründung, sondern nur um eine Behauptung. Ähnlich stützt sich Westermann § 84 III 2 a darauf, daß ja auch die zukünftigen Rechte einen Rang hätten; es ist nicht einzusehen, wieso ein lediglich vorbereitendes Rechtsinstitut bereits die gleichen Qualitäten besitzen muß wie das spätere Recht.
- 182) S. etwa RG WarnRspr. 1928 Nr. 135; Lüdtke-Handjery Betr. 1974, 518 f.; a.A. Erman-Westermann § 883 Rdn. 26; KG JFG 8, 318 (321).
- 183) Staudinger-Seufert § 883 Rdn. 63; Güthe Gruchot 57, 5; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 35; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 2 a aa; Schiffhauer Rdn. 290; KG DR 1944, 189; BayObLGZ 1912, 281 (282). Konsequenterweise aber doch für den Rang der Löschungsvormerkung: Planck-Strecker § 879 Bem. 7 f.
- 184) Lediglich KG DR 1944, 189 bemüht sich überhaupt um eine Begründung; dort wird auf die fehlende gesetzliche Grundlage und mangelndes praktisches Bedürfnis abgestellt. Wieso hier die gesetzliche Grundlage fehlen soll, im Gegensatz zu anderen Vormerkungen, ist nicht ersichtlich. Das praktische Bedürfnis aber fehlt ebenso bei den übrigen Vormerkungsarten, da es von vornherein nie zu einer Kollision kommen kann.

Vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung aus läßt sich in dieser Richtung noch ein weiterer Gedanke gegen den Vormerkungsrang gewinnen. Dem Eigentum wurde oben die Rangfähigkeit abgesprochen. Sofern das Eigentum, das durch die Auflassungsvormerkung vorbereitet wird, nicht Rangträger sein kann, ist erst recht der Auflassungsvormerkung, die allein zu seinem Schutz dient, kein Rang zuzuerkennen. Die Auflassungsvormerkung - insoweit im Verhältnis zum Eigentum ein erst ankündigendes Minus - kann nicht andere Ausstrahlungen haben als das Vollrecht selbst. Wollte man aber mit der h.M. den übrigen Vormerkungsarten einen Rang zugestehen, müßte doch insoweit, was die Auflassungsvormerkung angeht, ein weiterer Unterschied gemacht werden. Es wäre aber kaum verständlich, den Unterarten, die sich letztlich alle auf ein und dasselbe Rechtsinstitut zurückführen lassen, insofern verschiedene Eigenarten zuzuschreiben. Auch das Gesetz selbst will die verschiedenen Vormerkungsformen im wesentlichen gleich behandelt wissen, wie an der Stellung der §§ 883 ff. zu erkennen ist in dem für die folgenden Abschnitte gleichermaßen geltenden Abschnitt über "Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken".

Vor allem aber läßt es der konstruktive Unterschied zwischen Rang und Vormerkung nicht zu, auch letzterer Rangfähigkeit zuzuschreiben. Die Wirkung der Vormerkung besteht darin, daß sie nach § 883 II relative Unwirksamkeit entgegenstehender Verfügungen des Vormerkungsverpflichteten herbeiführt¹⁸⁵⁾. Dem durch die Vormerkung Geschützten gegenüber ist jedes Rechtsgeschäft, das die Sache unmittelbar betrifft und seinen Anspruch beeinträchtigen würde, als wir-

185) Vgl. etwa Sekler S. 173 ff.; Neumann S. 25 - 28; Westermann § 84 IV 3; Wolff-Raiser § 48 III 1; Baur § 20 IV 1; Planck-Strecker § 883 Erl. 3 a; Soergel-Baur § 883 Rdn. 35; Palandt-Bassenge § 883 Anm. 5; Staudinger-Seufert § 883 Rdn. 48; Erman-Westermann § 883 Rdn. 21; KG NJW 1964, 1479. Vgl. aber auch Wolf S. 393 f. u. Fuchs LZ 1914, 3 ff.

kungslos anzusehen. Der (Vor-)Rang hingegen löst gerade nicht die Unwirksamkeit eines nachgehenden Rechts aus¹⁸⁶⁾, was sich bereits an der oben ausführlich dargelegten Ver-
vielfältigung der Herrschaftsbefugnisse zeigt. Bei ihm han-
delt es sich zwar ebenfalls um ein Mittel der Rechtsordnung,
Ordnung in das Aufeinanderprallen verschiedener Herrschafts-
befugnisse zu bringen, jedoch um ein anderes, von der Un-
wirksamkeit gerade zu unterscheidendes Mittel. Im Fall der
(relativen) Unwirksamkeit setzt die Rechtsordnung den Hebel
bereits eine Stufe früher an: Eine Kollision wird bereits
verhindert, da den anderen Herrschaftsbefugnissen von vorn-
herein die Wirkkraft überhaupt genommen wird. Aufgabe des
Rangs ist es dagegen, wie im vorigen Abschnitt ausführlich
dargelegt, bestehende Kollisionen in der Ausübung der Rechte
erst zu lösen. Diese Funktion aber kann der Rang bei der
Vormerkung nicht erfüllen, da es insoweit überhaupt nicht
mehr zu einer Vervielfältigung und Überschneidung der Herr-
schaftsbefugnisse kommen kann. Mithin fehlt es am Substrat
der Zweckerfüllung des Rang. Das gilt sowohl im Verhältnis
der Vormerkung zu einem dinglichen Recht, als auch für die
Beziehung mehrerer Vormerkungen untereinander: § 883 II ist
zum Schutze des Vormerkungsberechtigten weit auszulegen und
erfaßt somit alle nur denkbaren Erwerbshindernisse¹⁸⁷⁾; dem-
zufolge fällt auch die Bestellung einer weiteren Vormerkung
unter § 883 II, so daß auch im Verhältnis zweier Vormerkun-
gen untereinander bereits relative Unwirksamkeit eingreift.
Wegen der mit dem Rang nicht zu vereinbarenden Wirkung der
relativen Unwirksamkeit der Vormerkung ist ihr die Rang-

186) A.A. freilich Hesse DFG 38, 85 ff.; für den Gleichrang
ebenso Breit S. 42.

187) Wolff-Raiser § 48 III 1; Heck S. 195; v. Tuhr II 1
S. 254 Fußn. 115. A.A. aber Planck-Strecker § 883
Bem. 3 a; BGHZ 13, 1 (3 f.).

fähigkeit abzusprechen¹⁸⁸⁾¹⁸⁹⁾¹⁹⁰⁾.

Abgesehen von der andersgearteten Rechtsfolge der relativen Unwirksamkeit sind aus der im vorigen Kapitel herauskristallisierten Funktion des Rangs noch weitere Zweifel an der Rangfähigkeit der Vormerkung anzumelden: Der Rang wurde oben erkannt als Mittel der Rechtsordnung zur Lösung der Kollision bei der "Ausübung" der Rechte. In dieses Schema paßt die Vormerkung nicht. Sie kann überhaupt nicht ausgeübt werden, wie etwa die Grundpfandrechte als Verwertungsrechte durch Befriedigung aus dem Grundstück verwirklicht werden. Sie dient als Sicherungsmittel der zugrundeliegenden schuldrechtlichen Forderung, und nur jener obligatorische Anspruch kann ausgeübt werden. Der Vormerkungsberechtigte ist lediglich passiv insoweit geschützt, als beeinträchtigende Verfügungen des Verpflichteten ihm gegenüber unwirksam sind. Aktive Rechte, die ausgeübt werden könnten, stehen ihm aus der Vormerkung demgegenüber nicht zu. - Dem steht auch nicht entgegen, daß der Vormerkungsberechtigte nach § 888 I vom Rechtserwerber die Zustimmung zur

-
- 188) Grunsky S. 54 f. leitet aus § 883 II weniger konstruktive Unterschiede zum Rang ab, sondern er hebt hervor, daß die Vormerkung keines weiteren Schutzes durch den Rang bedürfe. Damit widerspricht er sich selbst, denn an anderer Stelle (S. 51 f.) betont er, daß für den Rang nach § 879 gerade kein besonderer Schutzgrund erforderlich sei. Konsequenterweise darf er auch nicht den Rang der Vormerkung mit dem Hinweis auf das fehlende Schutzbedürfnis ablehnen.
- 189) Daß Rang durch relative Unwirksamkeit ausgeschlossen wird, klingt auch bei Erman-Westermann § 883 Rdn. 26 an. Freilich kommen sie nicht zu dem folgerichtigen Ergebnis, daß damit in allen Fällen der Vormerkung kein Rang zukommen kann. Sie wollen das auf den besonderen Fall der Auflassungsvormerkung beschränkt wissen. Das ist unverständlich, führt doch die Vormerkung nach § 883 II in allen Fällen unterschiedslos zur relativen Unwirksamkeit, nicht nur bei der Auflassungsvormerkung.
- 190) Womit auch nochmals das Scheinargument der h.M. aus § 883 III (vgl. S. 72) entkräftet wird, denn § 883 III ist nur eine Folge von § 883 II, s. Rosenberg § 883 Bem. IV 2 b.

Löschung oder Eintragung verlangen kann. Diese Vorschrift gibt als Folge von § 19 GBO lediglich einen formalrechtlichen Behelf zur Herbeiführung der verfahrensrechtlichen Eintragungserfordernisse. Materiell erforderlich ist die Zustimmung nach § 888 hingegen nicht¹⁹¹⁾. Und der fehlenden Ausübbarkeit der Vormerkung kann auch nicht entgegengehalten werden, daß sie in der Zwangsversteigerung zu berücksichtigen ist. Dabei handelt es sich - wie oben dargestellt - um eine Fiktion, daß das zukünftige Recht bereits bestehe, nicht aber um eine Ausstrahlung der Vormerkung als solcher. Auch eine Verwertung durch Abtretung der Vormerkung ist nur insoweit möglich, als die zu sichernde Forderung - nicht aber die Vormerkung selbst - abgetreten wird und die Vormerkung analog § 401 folgt. Da eine Ausübung der Vormerkung selbst von vornherein nicht möglich ist, kann sie auch nicht mit anderen Rechten kollidieren, was eine Regelung durch den zweckgebundenen Rang erforderlich machen würde¹⁹²⁾.

Schließlich ist auch nicht ersichtlich, wo und auf welche Art der Rang der Vormerkung sich zeigen sollte. Wenn Westermann¹⁹³⁾ - im ersichtlichen Bemühen, die praktischen Auswirkungen des Rangs aufzuzeigen - hervorhebt, der Rang der Vormerkung äußere sich in der Ausübung des "Rechts", gibt er dadurch den Gegnern seiner Auffassung ein Argument in die Hand. Damit gibt er selbst zu, daß es sich bei den durch die Vormerkung ausgelösten Wirkungen nicht um Ausstrahlungen der Vormerkungen als solcher handelt, sondern lediglich um Folgen des erst später entstehenden **R e c h t s**. Entsprechend verhält es sich mit der von Westermann¹⁹⁴⁾ er-

191) Ganz h.M. vgl. etwa Neumann S. 27; Wolff-Raiser § 48 III 1; Staudinger-Seufert § 888 Rdn. 4 b; BGHZ 49, 263 (265 f.).

192) Zur Ablehnung des Rangs der Vormerkung stützen sich im Ergebnis auch Breit S. 4 und Grunsky S. 55 auf die fehlende Kollision.

193) § 84 III 2 a.

194) a.a.O.

wähnten Wirkung des Rangs in der Zwangsversteigerung¹⁹⁵⁾. Wie bereits mehrfach dargelegt, handelt es sich auch hier nicht um eine Wirkung der Vormerkung als solcher, sondern allein um eine Folge davon, daß das zukünftige Recht im Wege einer Fiktion insoweit als bereits bestehend behandelt wird. Insofern äußert sich auch in der Zwangsversteigerung bereits der Rang des späteren dinglichen Rechts.

Auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise der Interessensphären läßt keine zwingenden Gründe erkennen, die Vormerkung mit einem Rang auszustatten: Den Bedürfnissen des Realkredits - eine der Hauptinteressen des Rangs - dient die Vormerkung ohnehin kaum. Ihre Aufgabe ist es vornehmlich, den zugrunde liegenden obligatorischen Anspruch auf Rechtsänderung zu sichern. Vor allem wegen der schwerfälligen und langwierigen Rechtsänderung im Liegenschaftsrecht, zur Abwendung der Nachteile des umständlichen Grundbuchverfahrens, ist die Vormerkung geschaffen worden¹⁹⁶⁾. Allenfalls mittelbar kann sie einmal dazu dienen, dem Eigentümer Realkredit zu verschaffen, wenn nämlich ein Geldgeber zur Sicherung einer Darlehenshingabe ein Grundpfandrecht verlangt und zu dessen Schutz wiederum eine Vormerkung fordert. Bei der Auflassungsvormerkung käme eine auch nur mittelbare Förderung des Immobiliarkredits überhaupt nicht in Betracht, da das Vollrecht übertragen werden soll, nicht aber eine als Kreditsicherung dienende Belastung. Die Löschungsvormerkung mag zwar für sich genommen dem Kreditverkehr dienen, durch ihren "Rang" im Verhältnis zu den echten Belastungen wird der Immobiliarkredit jedenfalls nicht gefördert.

195) Die Einzelheiten, wie die Vormerkung (bzw. das durch sie fingierte spätere Recht) in der Zwangsversteigerung zu berücksichtigen ist, sind streitig. Vgl. etwa die Übersichten bei Westermann § 84 IV 3 f. und Soergel-Baur § 883 Rdn. 40 - 43.

196) Zu diesem Zweck der Vormerkung s. etwa Labs S. 4 f.

Dem Interesse des Vormerkungsberechtigten ist mit der relativen Unwirksamkeit nach § 883 II und mit der Fiktion der Rangwahrung des künftigen Rechts gedient¹⁹⁷⁾. Erwerbshindernisse jeglicher Art werden ihm von vornherein durch § 883 II aus dem Weg geräumt; und es ist nicht ersichtlich, wieso er dann noch weiteren Schutzes, etwa über ein gesetzliches Schuldverhältnis wie das Rangschuldverhältnis¹⁹⁸⁾ bedürfte. Wenn zudem noch das spätere Recht nach § 883 III den Rang erhält, den es bei Eintragung zu Zeit der Vormerkungseintragung erhalten hätte¹⁹⁹⁾, ist es unerfindlich, weshalb zur Wahrung seiner Interessen auch die Vormerkung selbst Rangträger sein müßte.

Nach alldem kann der h.M.²⁰⁰⁾ nicht zugestimmt werden; die Vormerkung hat keinen Rang²⁰¹⁾. Das gilt sowohl für das Ver-

-
- 197) Wobei die Fiktion des § 883 III nur eine Folge der Wirkung des § 883 II ist, s. Rosenberg § 883 Bem. IV 2 b.
- 198) Dazu eingehend im späteren Kapitel B II 4.
- 199) Die Vormerkung projiziert den Rang des künftigen Rechts vor. Damit wird also der Grundbuchrang für das künftige Recht gewahrt, d.h. es bekommt in der Eintragungsfolge den Rang, den es bekommen hätte, wenn es schon selbst im Moment der Vormerkungseintragung eingetragen worden wäre. Demnach ist bei der Vormerkung hinsichtlich des Rangs die materielle und formelle Wirkung zu unterscheiden: Materiell hat die Vormerkung selbst keinen Rang, formell wahrt sie für das künftige Recht dessen Rang.
- 200) Mit den oben im Text genannten Begründungen: Kreuz S. 51 f.; Güthe Gruchot 57, 5 u. 98; Meiser Gruchot 57, 590 ff.; Sekler S. 132 ff.; Reichel S. 52 ff.; Planck-Strecker § 879 Bem. 7 f.; Thieme § 45 Bem. 7; Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1; Erman-Westermann § 883 Rdn. 26; Westermann § 84 III 2 a; Soergel-Baur § 879 Rdn. 1; Güthe-Triebeß § 45 Rdn. 13; Straus S. 18; Friedrich S. 11 f.; Hesse DFG 1938, 88. Die Rechtsprechung leitet den Rang meist aus § 883 III her: OLG Dresden AufwRspr. 1928, 2. Sonderheft S. 35 (38); KGJ 22, A 310 (311); KGJ 39, A 198 (200); KG JFG 7, 378 (381); 10, 226 f.; OLG Dresden OLGRspr. 6, 262 f.; BayObLGZ 1926, 391; RGZ 124, 202 f.; RG JFG 6, 14; unklar RG HRR 1928 Nr. 2300. Ohne nähere Begründung: Philipsen S. 66; Neumann S. 60; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 35; Erman-Westermann § 879 Rdn. 5; Achilles-Greif § 879 Bem. 2; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 2 a aa u. § 883 Bem. 7 a; Staudinger-Seufert § 883 Bem. 63; Holderbaum JZ 1965, 712; Eickmann, in: Grundbuchrecht § 45 GBO Rdn. 3.

hältnis der Vormerkungen zu beschränkten dinglichen Rechten als auch für die Beziehung mehrerer Vormerkungen untereinander. Wenn schon das Verhältnis zu den anerkannten Rangträgern, den beschränkten dinglichen Rechten, nicht durch den Rang geregelt ist, kann erst recht nicht das Verhältnis der Vormerkungen zueinander unter den Rangbegriff fallen²⁰²⁾.

Wenn auch der Vormerkung unmittelbar kein Rang zu eigen ist, so scheint nach manchen Autoren damit noch nicht zwingend gesagt zu sein, daß auch eine entsprechende Anwendung der §§ 879 ff. ausscheidet²⁰³⁾. Eine solche Analogie würde allerdings voraussetzen, daß triftige Gründe für eine vergleichbare Interessenlage wie bei den beschränkten dinglichen Rechten untereinander angeführt werden können. Das ist jedoch nicht der Fall. Aus den oben gemachten Ausführungen ergibt sich deutlich, daß der Rang als ein rechtstechnisches Mittel zur Lösung von Kollisionen zwischen ausübenden Rechten zu verstehen ist. Demgegenüber bildet die Vormerkung ein anderes, schärferes Mittel der Rechtsordnung, das Kollisionen bereits von vornherein vermeidet. Wegen dieses tiefgreifenden Unterschieds ist auch eine analoge Anwendung der den Rang ausgestaltenden und nur für ihn geschaffenen, auf ihn zugeschnittenen Normen der § 879 ff. abzulehnen²⁰⁴⁾. Wenn einerseits oben nachgewiesen worden ist, daß vom wirtschaftlichen Standpunkt aus kein Bedürfnis besteht, die Vormerkung mit Rangwirkungen auszustatten, kann nur schwerlich einzusehen sein, wieso dann ein Bedürf-

-
- 201) Im Ergebnis gegen den Rang der Vormerkung auch: Goldmann-Lilienthal § 39 Fußn. 33 u. 68; Fischer-Henle-Titze § 879 Bem. 1; Rosenberg § 883 Bem. IV 2 c; Breit S. 4, 23 f.; Grunsky S. 55; vgl. auch Gernhuber S. 73.
- 202) Soweit ersichtlich, wird auch dahingehend nicht unterschieden. Entweder wird der Vormerkung in allen Fällen Rang zugeschrieben (so etwa Planck-Strecker a.a.O.) oder er wird in allen Fällen abgelehnt (z.B. Rosenberg § 883 Bem. IV 2 c).
- 203) So tritt Rosenberg a.a.O. als Gegner des Vormerkungs-rangs auf, spricht sich aber zugleich (Vorbem. IV 1 b vor § 879) für eine entsprechende Anwendung der §§ 879 ff. aus.
- 204) Gegen eine analoge Anwendung der Vorschriften auch Breit S. 24.

nis bestehen sollte, doch die Vormerkung selbst nach § 879 aus dem Grundbuch zu entnehmen, nach § 880 für abänderbar zu halten und nach § 881 einen Vorbehalt des Vormerkungs-rangs zu erlauben.

b) Ähnlich wie bei der Vormerkung finden sich auch für die Verfügungsbeschränkung Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, die den Anwendungsbereich der Rangvorschriften auf diese Erscheinung ausdehnen wollen. Da die Verfügungsbeschränkung ähnliche Wirkungen wie die Vormerkung entfaltet (beide lösen relative Unwirksamkeit aus), läge es sogar nahe, daß sich die h.M. hier ebenfalls für die Rangfähigkeit entschiede. Im Gegensatz zur Lage bei der Vormerkung lehnt die überwiegende Anzahl der Autoren es freilich ab, den Verfügungsbeschränkungen Rangfähigkeit zuzuerkennen. Immerhin bemüht sich eine starke Mindermeinung, sowohl die Beziehung der Verfügungsbeschränkung zu den echten Belastungen als auch die Beziehung der Verfügungsbeschränkungen untereinander unter den Begriff des Rangverhältnisses fallen zu lassen. Wenn das der Fall sein soll, muß es sich bei der Verfügungsbeschränkung zunächst um ein dingliches Recht handeln, da die Aufgabe des Rangs darin zu sehen ist, das Aufeinanderprallen verschiedener begrenzter dinglicher Rechte zu koordinieren. Zum anderen muß eine Kollision zwischen ihr und den anderen Rechten zumindest möglich sein.

Was die erste Voraussetzung angeht, versucht insbesondere Hesse²⁰⁵⁾, aus einem Vergleich mit den übrigen beschränkten Rechten den Charakter der Verfügungsbeschränkung als Recht

205) Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1; ähnlich auch schon Hesse DFG 1938, 86 f.

an der Sache herzuleiten²⁰⁶⁾. Nach seiner Konstruktion bilden die übrigen begrenzten Sachenrechte Einschränkungen des *n e g a t i v e n* Eigentumskerns, nämlich der Befugnis, andere von der Einwirkung auf die Sache auszuschließen. Demgegenüber versteht Hesse die Verfügungsbeschränkung als Einschränkung des *p o s i t i v e n* Eigentumskerns, nämlich der Befugnis, über die Sache zu verfügen. Daß diese Ausführungen nicht überzeugen und aus ihnen kein Rang abgeleitet werden kann, wurde bereits oben²⁰⁷⁾ bei den Abhandlungen zur Vormerkung eingehend dargelegt. Auf den seit altersher stark umstrittenen Begriff des subjektiven Rechts²⁰⁸⁾ braucht daher an dieser Stelle nicht im einzelnen eingegangen zu werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch sieht die Rechtsstellung desjenigen, der durch die Verfügungsbeschränkung geschützt ist, jedenfalls nicht als subjektives Recht an, wie sich schon aus der Vermeidung des einfacheren Ausdrucks "Berechtigter" ergibt (vgl. etwa §§ 135 II, 892 I S. 2)²⁰⁹⁾.

206) Auch nach Rheinen S. 11 ff. sind die Verfügungsbeschränkungen als Sachenrechte zu verstehen; ebenso wohl Wolf S. 28 f., wonach die Verfügungsbeschränkungen zu den "Belastungen" zu zählen seien.

207) S. 71 f.

208) Die Fundstellen dazu sind kaum überschaubar, vgl. etwa die Übersicht bei Enneccerus-Nipperdey I § 72.

209) Das muß auch Rheinen S. 9, m.w.N., einräumen; er selbst hält freilich die Auffassung des Gesetzes nicht für verbindlich und wertet die Verfügungsbeschränkung (S. 9 ff.) als wenigstens negatives Herrschaftsrecht. Selbst wenn man derartige Befugnisse überhaupt als Ausprägung dinglicher Rechte anerkennen wollte, wäre nach der hier vertretenen Auffassung kein schlagkräftiges Argument für den Rang der Verfügungsbeschränkung gewonnen. Der Rang wurde erkannt als Mittel zur Regelung aufeinanderprallender, sich überschneidender Herrschaftsbefugnisse. Rein negative Rechte können sich von vornherein nicht auf solche Art und Weise in die Quere kommen. Das kann nur bei positiven Herrschaftsbefugnissen eintreten. (Zu dem in der Dogmatik wenig beachteten Begriff der negativen Herrschaftsrechte vgl. im übrigen Wolff-Raiser § 48 VII 2, die das dingliche Recht an der Sache aber ebenfalls lediglich auf positive Herrschaftsrechte beschränkt sehen wollen, vgl. a.a.O. Fußn. 50). - Bei Guth S. 25 ff. u. 8 f. klingt an, daß die Verfügungsbeschränkung auch positive Wirkungen entfalten könne, da eine eingetragene Verfügungsbeschränkung dem Begünstigten auch gegen einen gutgläubigen Erwerb schütze; daraus sei eine besondere "Rechtsbefestigung" herzuleiten.

Darüber hinaus ergibt sich ein weiteres Argument gegen Hesses Auffassung²¹⁰⁾ daraus, daß er seine Theorie auf die relativen Verfügungsbeschränkungen begrenzt sehen will. Eine derartige Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten der Verfügungsbeschränkung²¹¹⁾ erscheint inkonsequent. Denn auch durch die absoluten Verfügungsbeschränkungen wird der positive Kern der Eigentumsbefugnis - worauf es nach Hesse für die Annahme eines dinglichen Rechts ja gerade ankommt - eingeschränkt, ja sogar stärker, da die beschränkungswidrigen Verfügungen nicht nur einer Person gegenüber, sondern allgemein unwirksam sind. Das erkennt wohl auch Hesse selbst, denn an anderer Stelle²¹²⁾ findet sich kein Hinweis mehr auf irgendwelche Differenzierung nach Arten der Verfügungsbeschränkung.

Ebenso wie bei der Vormerkung läßt sich auch bei der Verfügungsbeschränkung die Systematik des BGB dafür anführen, daß sie keine echte Belastung darstellen kann. Den beschränkten dinglichen Rechten sind im Aufbau des Gesetzes besondere Abschnitte gewidmet, während die Verfügungsbeschränkungen nur da und dort verstreut in Einzelschriften des allgemeinen Teils Erwähnung finden (vgl. §§ 878, 892 I 2).

Gegen die Wertung der Verfügungsbeschränkung als eigenständiges dingliches Recht spricht schließlich, daß es bei ihr an dem für Sachenrechte wesensnotwendigem Moment der unmittelbaren Beziehung zum belasteten Objekt fehlt²¹³⁾. Bei den absoluten Verfügungsbeschränkungen fehlt es bereits an jemandem, der begünstigt, berechtigt sein könnte; mithin kann

210) DFG 1938, 86.

211) Zu den verschiedenen Arten der absoluten und relativen Verfügungsbeschränkung vgl. etwa Westermann § 76 I 4 u. Lang S. 10 ff.

212) Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1.

213) Besonders deutlich Siebert S. 244 Fußn. 9.

auch keiner konkreten Rechtsperson eine direkte Herrschaft über die Sache zustehen. Aber auch die relative Verfügungsbeschränkung gewährt dem durch sie Begünstigten noch keinerlei Herrschaftsbefugnisse an dem verhafteten Objekt. Dieser ist darauf beschränkt, demjenigen Dritten gegenüber, der sich auf eine Verfügung des Belasteten beruft, die relative Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts geltend zu machen. Das gilt unabhängig davon, welche Konstruktion zur Ausgestaltung der Verfügungsbeschränkung im einzelnen zugrunde gelegt wird²¹⁴⁾. Insoweit kann auf die oben gemachten Ausführungen zur Vormerkung verwiesen werden, die über § 883 II gleichermaßen dem Begünstigten lediglich gestattet, sich auf die relative Unwirksamkeit zu berufen; unmittelbare Herrschaftsbefugnisse gewährt sie demgegenüber nicht. In dieser Hinsicht haben Vormerkung und Verfügungsbeschränkung gleiche Wirkkraft, gleichgültig ob man mit einer Mindermeinung sogar so weit geht, die Vormerkung selbst nur als Unterfall der Verfügungsbeschränkung aufzufassen²¹⁵⁾. - Auch die Aufnahme der Verfügungsbeschränkung in das geringste Gebot unterbleibt; erst recht findet sie in der Zwangsversteigerung keine Berücksichtigung²¹⁶⁾. Das aber muß bei jedem beschränkten dinglichen Recht verlangt werden.

In der Verfügungsbeschränkung ist demnach kein begrenztes dingliches Recht zu sehen²¹⁷⁾. Erst recht handelt es sich

214) Zur uneinheitlichen Verwendung des Begriffs der Verfügungsbeschränkung vgl. etwa Lang S. 2 ff.; Neumann § 3; Rosenberg S. 234 ff.

215) In dieser Richtung insbesondere Rheinen in seiner Monographie; dagegen vor allem Lang S. 54 ff. und Knauer S. 79 - 82.

216) Vgl. etwa Guth S. 10 m.w.N.

217) Das ist heute weitgehend anerkannt. Ausdrücklich betont wird das etwa von Knauer S. 17 f.; Fuchs I § 892 Bem. 11 a; im Zusammenhang mit der Rangfrage wird das hervorgehoben von Goldmann-Lilienthal § 39 Fußn. 42; Guth, passim, der sie als "andere Erscheinung" im Gegensatz zu den Rechten bezeichnet; Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 25 a; Erman-Westermann § 879 Rdn. 7; Westermann § 81 I 2; RGRK - Pritsch § 879 Anm. 13 u. § 880 Anm. 13; RGZ 135, 378 (384); KGJ 38, A 299 (301).

bei ihr um kein "vorläufiges Recht", wie mitunter zur Begründung ihrer Rangfähigkeit behauptet wird²¹⁸⁾. Nach §§ 879 ff. ist aber nur Rechten, die ein Grundstück belasten, ein Rang zu eigen.

Daß die Verfügungsbeschränkung keinen Rang tragen kann, resultiert auch aus ihrer Wirkung: Sie löst relative Unwirksamkeit später verbotswidrig bestellter dinglicher Rechte aus. Darin liegt das Wesen der Beschränkung des Rechtsinhabers²¹⁹⁾. Beim Rang hingegen handelt es sich um ein anderes Mittel der Rechtsordnung, welches in Kollisionsfällen eingreift. Daß die Wirkung des Rangs gerade nicht darin besteht, daß das nachfolgende Recht relativ unwirksam wird, wurde bereits oben in Behandlung der Vormerkung dargelegt²²⁰⁾. Wegen dieses konstruktiven Unterschiedes geht es nicht an, auch in der Verfügungsbeschränkung einen Rangträger zu sehen. Da z.B. eine später bestellte Hypothek dem relativ Begünstigten gegenüber als gar nicht bestehend anzusehen ist, kann es insoweit von vornherein überhaupt nicht zu einer Kollision der Herrschaftsbefugnisse kommen. Der Rang kann damit seinem oben dargelegten Zweck gar nicht mehr gerecht werden, denn es liegen keine vervielfältigten und sich überschneidenden Herrschaftsbefugnisse vor, die durch ihn in geordnete Reihen-

218) So Thieme § 45 Bem. 7, der im übrigen a.a.O. selbst anerkennt, daß dogmatische Erwägungen einer Anwendung des § 879 teilweise entgegenstehen.

219) Statt vieler vgl. nur Lang S. 15 ff. u. 60; Knauer S. 39 ff.; Rheinen S. 13 f.; Wolff-Raiser § 88 IV; RGZ 106, 136 (140). Nach Fuchs LZ 1914, 16 soll sogar absolute Unwirksamkeit herbeigeführt werden.

220) Ganz vereinzelt wird das bestritten, dazu ausführlich im nächsten Kapitel über die Einzelwirkungen des Rangs.

folge gebracht werden müßten²²¹⁾. Es fehlt am Schutzzweck, und es besteht auch kein praktischer Bedarf für den Rang der Verfügungsbeschränkung. In §§ 878, 892, 893 hat das Gesetz eine abschließende Sonderregelung über Gültigkeit und Ungültigkeit im Verhältnis zu anderen Rechtseinrichtungen geschaffen²²²⁾. Somit bleibt für die Rangregeln der §§ 879 ff., die doch allgemein und unterschiedslos für sämtliche möglichen Rangträger unter den Grundstücksrechten gelten, keim Raum übrig. Es fehlt insofern am Regelungsbereich des Rangs.

Ein weiteres konstruktives Bedenken gegen die Rangfähigkeit ist daraus abzuleiten, daß die Verfügungsbeschränkung nicht ausübbar ist wie die beschränkten dinglichen Rechte. Der Begünstigte hat es lediglich in der Hand, zu warten, ob der "Belastete" unzulässigerweise verfügt; erst dann kann er sich auf die relative Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen. Ein aktives Recht, gegen den "Belasteten" vorzugehen, steht ihm nicht zu. Wie oben erkannt, dient der Rang aber gerade der Regelung der positiven Ausübung der Rechte²²³⁾.

-
- 221) Mit ähnlicher Begründung wird die Rangfähigkeit der Verfügungsbeschränkung auch abgelehnt von KG JFG 12, 295 (298); KG JW 1933, 2708 (vgl. aber auch KG JW 1926, 1016); Grunsky S. 56 f.; Guth S. 9 f.; Schmitt S. 35 f. A.A. Hesse DFG 1938, 86 f. mit der Begründung, daß auch bei der Rangordnung der beschränkten dinglichen Rechte nichts anderes als Unwirksamkeit nachgehender Rechte ausgelöst werde; mit seiner Argumentation scheint kaum vereinbar, daß er selbst auf S. 86 keine Kollision - und mithin keinen Rang - darin sieht, wenn ein Recht ein anderes völlig verdrängt, wenn es sich also um einen Existenzstreit handelt; bei der Frage der relativen Unwirksamkeit geht es aber doch um nichts anderes als um eine völlige Verdrängung, eben um einen Streit über die Existenz des anderen Rechts.
- 222) Diese Begründung wird ebenfalls herangezogen von Schmitt S. 36; Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879; Soergel-Baur § 879 Rdn. 2; Planck-Strecker § 879 Bem. 7 c; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 25 a; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 2 a aa; KG JFG 12, 295 (298).
- 223) Vgl. die entsprechend verwertbaren Ausführungen zu der Vormerkung S. 77 f.

Die Fragwürdigkeit der Rangfähigkeit ist des weiteren auch zu erkennen, wenn man sich vor Augen hält, daß bei einer Verfügungsbeschränkung nie der Fall des Gleichrangs mit beschränkten dinglichen Rechten eintreten kann. Denn es ist nur denkbar, daß die Verfügungsbeschränkung zur vollen relativen Unwirksamkeit dem Begünstigten gegenüber führt. Das begrenzte dingliche Recht kann nicht sowohl wirksam als auch unwirksam sein; das ist begrifflich ausgeschlossen²²⁴⁾. Wollte man etwa t e i l w e i s e relative Unwirksamkeit annehmen, würde der ohnehin "systemwidrige Fremdkörper"²²⁵⁾ zudem über Gebühr kompliziert. Da die Möglichkeit des Gleichrangs vom Gesetz aber in verschiedenen Vorschriften ausdrücklich anerkannt ist, muß sie in allen Fällen potentieller Rangträger verlangt werden.

Ferner täten sich konstruktive Schwierigkeiten auf bei der Genehmigung relativ unwirksamer Verfügungen²²⁶⁾. Sollte der Verfügungsbeschränkung ein Rang zu eigen sein, müßte darin konsequenterweise eine Rangänderung liegen, da dann dem Begünstigten das ansonsten nachstehende Recht jetzt vorginge. Die Annahme einer Rangänderung in diesem Fall wäre aber wohl eine recht gekünstelte Vorstellung, ganz abgesehen davon, daß dann den Voraussetzungen des § 880 Genüge getan werden müßte.

Auch die wirtschaftliche Betrachtung der Interessensphäre spricht schließlich gegen die Rangfähigkeit. Dem Interesse des Realkredits des Eigentümers - wesentliches Element des Rangs - dient es nicht, die Verfügungsbeschränkung derart auszugestalten. Denn sie wird i.d.R. ohnehin erst bei zweifelhafter Vermögenslage ergehen, wenn der Betroffene also sowieso keinen Kreditgeber mehr finden wird. Ein verwertbares Sicherungsrecht bildet die Verfügungsbeschränkung von vornherein nicht. Ebensowenig ist der durch die relative

224) KG JFG 11, 347 (350) für den Fall des Nacherbenvermerks.

225) Westermann § 3 I.

226) Dazu, daß bei relativen Verfügungsbeschränkungen eine Genehmigung möglich ist, vgl. etwa Westermann § 76 I 4.

Verfügungsbeschränkung Geschützte darauf angewiesen, denjenigen, der später beschränkungswidrig ein Recht erlangt, im Wege der Rangordnung auf seinen Platz zu verweisen. Mit dem stärkeren Mittel der relativen Unwirksamkeit ist seinem Schutzbedürfnis weit besser gedient. Erst recht verlangt das allgemeine Verkehrsinteresse an der Übersichtlichkeit des Grundbuches nicht, die Verfügungsbeschränkung mit Rang auszustatten, denn insoweit ist bereits in § 892 I 2 eine erschöpfende Regelung getroffen²²⁷⁾.

Nach alldem kann der Auffassung, daß der Verfügungsbeschränkung ein materieller²²⁸⁾ Rang im Verhältnis zu den beschränkten dinglichen Rechten zukomme²²⁹⁾, nicht zugestimmt werden²³⁰⁾²³¹⁾²³²⁾. Erst recht muß dann die Theorie abgelehnt

227) Freilich anderer Ansicht Hesse DFG 1938, 89.

228) Ob die Verfügungsbeschränkung hingegen in f o r m e l l e n Rangverhältnis i.S. der GBO-Vorschriften steht - wie die h.M. es annimmt, vgl. etwa KG HRR 1934 Nr. 199 -, ist hier nicht von Belang.

229) So aber: Hesse DFG 1938, 85 ff.; Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1; Thieme § 45 Bem. 7; Güthe-Triebel § 45 Rdn. 4 u. 13; eingeschränkt Meikel- Imhof-Riedel § 45 Bem. 35 (allerdings im Widerspruch zu Bem. 7); wohl auch Kretzschmar § 879 Bem. 5 und Warneyer-Bohnenberg Erl. zu § 879.

230) Im Ergebnis ebenso: Guth S. 9 f. und passim; Schmitten S. 36; Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 25 a; Erman-Westermann § 879 Rdn. 7; Warneyer-Buchwald § 879 Erl. I; Soergel-Baur § 879 Rdn. 2; Planck-Strecker § 879 Bem. 7 c; Palandt- Bassenge § 879 Bem. 2 a aa; Fischer-Henle-Titze § 879 Bem. 1; Horber § 45 Bem. 2 Bd; Rüdiger S. 31; Ohl Recht 1910, 606; RGRK-Pritsch § 879 Anm. 12 u. 880 Anm. 13; Grunsky S. 56 f.; Baur § 17 B II 4; Schiffhauer Rdn. 310; Kehrner-Bühler-Tröster § 2 B VI 1 a; Gernhuber S. 73; Eickmann, in: Grundbuchrecht, § 45 GBO Rdn. 8; RGZ 135, 378 (384); KG HRR 1934 Nr. 199; KGJ 38, A 299 (301); KG RJA 14, 67 f.; KGJ 51, A 295 (298); KG JFG 12, 297 f.; 13, 113 f.; 16, 235 f.; KG JW 1932, 2441 ff.; 1933, 2708 f.; 1935, 2752 ff.; OLG Hamm Rpfleger 1966, 48; OLG Hamburg DNotZ 1967, 376; OLG Schleswig SchlHA 1974, 59. Vgl. auch OLG Dresden LZ 1930, 132; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 689. Wohl auch Breit S. 23, der jeglichen "Grundbuchvermerken" im Gegensatz zu den "Belastungen" die Rangfähigkeit abspricht.

231) Nach Guth S. 22 f. u. passim steht die Verfügungsbeschränkung wenigstens im materiellen Rangverhältnis im weiteren Sinn, das er aber vom materiellen Rangverhältnis der begrenzten dinglichen Rechte scharf trennt. - Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879 anerkennt ein dem Rangverhältnis "ähnliches" Verhältnis. - Nach Eickmann, in: Grundbuchrecht, § 45 GBO Rdn. 8 (m.w.N.) besitzt die Verfügungsbeschränkung zwar keinen Rang im materiellen Sinne, aber doch einen "quasi formellen" Rang.

werden, daß auch zwischen mehreren Verfügungsbeschränkungen untereinander ein Rangverhältnis bestehe²³³⁾. Insoweit gelten die oben gemachten Ausführungen entsprechend²³⁴⁾.

Da eine Verfügungsbeschränkung in keinem Fall Rangträger sein kann und ihr Verhältnis zu anderen Rechtserscheinungen stets von §§ 878, 892, 893 bestimmt ist und kein Schutzbedürfnis besteht, kann auch einer analogen Anwendung der §§ 879 ff. nicht zugestimmt werden; wie es aber früher mitunter - trotz ausdrücklicher Ablehnung der materiellen Rangfähigkeit - vertreten wurde²³⁵⁾. Damit ist nachgewiesen, daß den §§ 879 ff. für die rangunfähige Verfügungsbeschränkung keinerlei Bedeutung zukommt²³⁶⁾.

232) Damit kann auch die häufig erörterte Frage nach dem Rang des Nacherbenvermerks zwanglos verneint werden, da es sich dabei nicht um ein Recht am Grundstück (vgl. RGZ 102, 104), sondern ebenfalls um eine Verfügungsbeschränkung handelt. Im Ergebnis ebenso KG JFG 13, 111 ff.; 16, 236; KG JW 1933, 2708; OLG Hamburg DNotZ 1967, 376 f.; a.A. Güthe-TriebeI § 45 Rdn. 13.

233) So aber Hesse DFG 1938, 89.

234) Daß sich das Verhältnis der Verfügungsbeschränkungen untereinander nicht nach § 879 richtet, sondern nach dem Entstehungszeitpunkt, betont etwa KG JW 1932, 2441 (2442); KG OLGRspr. 45, 198; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 25 a; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 2 a aa; Soergel-Baur § 879 Rdn. 2; Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879; Goldmann-Lilienthal § 39 Fußn. 42. Den Rang lehnen insoweit ausdrücklich auch ab: Westermann § 81 I 2; Fischer-Henle-Titze § 880 Erl. 2.

235) KGJ 38, A 299 (301 f.); eingeschränkt auch Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879. Wie hier gegen eine Analogie expressis verbis z.B. Guth S. 29; Fuchs I § 879 Bem. 8 a; Goldmann-Lilienthal § 39 Fußn. 42; Löschner S. 233.

236) Am ausführlichsten hat sich mit der Frage nach dem Rangverhältnis der Verfügungsbeschränkung Guth in seiner Diss. auseinandergesetzt (wobei er allerdings zu kaum haltbaren Ergebnissen kommt, wie noch aufzuzeigen ist).

- c) Ähnlich der Auseinandersetzung um die Verfügungsbeschränkung finden sich auch beim Widerspruch Stimmen in Rechtsprechung und Literatur, die ihn für rangfähig halten. Im einzelnen gehen die Meinungen darüber, wie das Verhältnis des Widerspruchs zu den Belastungen zu erfassen sei, weit auseinander. Mitunter wird dem Widerspruch ein Rang unmittelbar i.S.d. §§ 879 ff. zugestanden²³⁷⁾. Vereinzelt wird immerhin eine analoge Anwendung dieser Vorschriften für geboten gehalten²³⁸⁾. Andere wiederum lehnen die Rangfähigkeit nach §§ 879 ff. ab, gehen aber davon aus, daß dem Widerspruch immerhin ein anderer materieller Rang zu eigen sei²³⁹⁾. Nach h.M. besitzt er demgegenüber überhaupt keinen Rang²⁴⁰⁾²⁴¹⁾.

Der extremste Standpunkt zu diesem Problemkreis wird insbesondere von Hesse²⁴²⁾ eingenommen. Mit Nachdruck setzt er sich für die unmittelbare Anwendung der allgemeinen Rangvorschriften des BGB über Grundstückssachenrechte ein. Er stützt seine Ansicht darauf, daß auch der Widerspruch als echtes begrenztes dingliches Recht anzusehen sei. Das folge daraus, daß er dem Begünstigten nicht nur objektiv eine günstige Rechtsposition gewähre, sondern diesem auch subjektiv zugeteilt sei. - Dem kann nicht zugestimmt werden. Schon in den Materialien findet sich kein noch so unbedeutender Anhaltspunkt dafür, daß es sich beim Widerspruch um ein eigenständiges Recht handle. Demgegenüber wird der Argumentation eines Antragstellers widerspruchslös zugestimmt, wonach er lediglich ein bereits bestehendes Recht

237) So insbesondere Hesse DFG 1938, 88 f.

238) U.a. Kretzschmar § 879 Bem. 5.

239) In dieser Richtung etwa RGZ 129, 124 (127).

240) Dahingehend z.B. Westermann § 73 III 2.

241) Gelegentlich wird auch der materielle Rang ausdrücklich abgelehnt, aber doch ein "quasi formeller" Rang des Widerspruchs angenommen. Dahingehend z.B. Eickmann, in: Grundbuchrecht, § 45 GBO Rdn. 8, vgl. auch Rdn. 3.

242) Hesse DFG 1938, 88 f.; ähnlich Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1.

wegen der Gefahren, die sich aus der Grundbucheinrichtung und dem § 837 des ersten Entwurfes (Vorläufer des § 892) ergeben, schützen solle²⁴³⁾. Daraus ergebe sich u.a., daß der Widerspruch objektiv gegen jedermann wirke, daß die gegen ihn verstoßende Veräußerung oder Belastung nichtig sei und nicht nur zum Nachteil einer bestimmten Person unzulässig sei²⁴⁴⁾. Die darin zum Ausdruck kommende Konstruktion der Protokolle läßt sich wohl kaum mit der Auffassung von der beabsichtigten Begünstigung einer Einzelperson vereinbaren.

Der nicht eingetragene wahre Berechtigte, in dessen Interesse der Widerspruch eingetragen wird, erlangt durch ihn keinerlei weitere Herrschaftsbefugnisse, die sich nicht bereits aus dem zu schützenden zugrundeliegenden dinglichen Recht ergeben²⁴⁵⁾. Der zu Recht eingetragene Widerspruch entfaltet ohnehin überhaupt nur materielle Wirkung, was den Gutgläubenschutz nach § 892 angeht; eine positive Ausstrahlung mit Befugnissen in der Art eines Rechtes kann in der reinen Zerstörung des öffentlichen Glaubens jedoch nicht gesehen werden. Ist der Widerspruch dagegen zu Unrecht eingetragen, stimmt also die durch das Grundbuch ausgewiesene Rechtslage mit der tatsächlichen Situation überein, fehlt es der Eintragung an jeglicher materieller Wirkung²⁴⁶⁾; ohne irgendwelchen Einfluß auf die materielle Rechtslage können auch keine Herrschaftsbefugnisse bestehen. Wenn sich aber an der Position des wahren Berechtigten insofern nichts ändert, als ihm durch den Widerspruch keine neuen positiven Befugnisse erwachsen, kann auch von einem ihm zustehenden "Recht" nicht die Rede sein, zumal sich nicht nur der "Begünstigte", sondern auch andere auf den Widerspruch berufen können²⁴⁷⁾²⁴⁸⁾.

243) Prot. III S. 111 f.

244) Prot. III S. 112.

245) So besonders deutlich Schmidt (Diss.) S. 42.

246) Westermann § 73 III 2; Baur § 18 B I 3.

247) Dahingehend etwa Bleier S. 12; Levi S. 5 ff.; Wolff-Raiser § 47 III 1; Planck-Strecker § 899 Bem. 5 a; Staudinger-Seufert § 899 Rdn. 19. Freilich nicht unstreitig, a.A. z.B. RGRK-Pritsch § 899 Anm. 8.

248) Das muß selbst Hesse a.a.O. zugestehen; er versucht, dieses Hindernis dadurch zu umgehen, daß er diese Erscheinung als "durch den Inhalt des Widerspruchs bedingte schlecht vermeidliche Nebenwirkung" erklärt.

was gegen die subjektive Begünstigung des wahren Berechtigten spricht. Daß auch Hesses weitere Argumentation mit der "Einschränkung des positiven Eigentumskerns"²⁴⁹⁾ nicht geeignet ist, den Charakter eines Grundbuchvermerks als eigenständiges begrenztes Sachenrecht zu begründen, wurde bereits bei den Ausführungen zur Vormerkung aufgedeckt. Erst recht scheint der von Hesse²⁴⁹⁾ zusätzlich ins Feld geführte Gedanke nicht stichhaltig, der Widerspruch stelle ein Sachenrecht dar, da er das Buchrecht des unrichtig Eingetragenen einschränke. Zum einen erscheint es von vornherein nicht zwingend, das Wesen einer Grundbucheintragung als besonderes Recht im technischen Sinne damit zu begründen, daß sie ein anderes Recht einschränkt; einem Recht kann auch durch andere Gebilde als echte Rechte eine Schranke gesetzt werden. Zum anderen handelt es sich bei dem "Buchrecht", das durch den Widerspruch als anderes Recht eingeschränkt werden soll, gerade nicht um ein Recht im technischen Sinn²⁵⁰⁾, sondern vielmehr um eine Eintragungsposition, die lediglich den Schein eines Rechtes erweckt²⁵¹⁾. Dem steht nicht entgegen, daß der bloß Buchberechtigte in der Lage ist, nach den Regeln über den gutgläubigen Erwerb einem Dritten ein Sachenrecht zu übertragen. Das ist vom BGB lediglich angeordnet worden, um ausnahmsweise zum Schutze des gutgläubigen Dritten dem allgemeinen Rechtsverkehr den Vorrang einzuräumen vor dem Beharrungsinteresse des wahren Berechtigten. Mit der Schaffung von Schutznormen zugunsten anderer Personen ist dem Buchberechtigten aber noch kein echtes Recht zu seinem eigenen subjektiven Interesse gewährt. Zudem wäre mit einer Einschränkung des Buchrechts auch kaum vereinbar, daß der Widerspruch die Vermutung aus § 891 nicht zerstört, die Verfügungsmacht des Betroffenen nicht hindert und keine Grundbuchsperr²⁵²⁾ auslöst.

249) Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1.

250) S. auch Grunsky S. 51 (m.w.N.) mit dem Hinweis auf den Unterschied zwischen Wirksam-Verfügen-Können und Rechtmäßig-Verfügen-Dürfen.

251) Besonders deutlich ist das bei Biermann (Widerspruch) S. 101 zu erkennen, wenn er ausführt, der Widerspruch beschränke "ein bloßes Grundbuchrecht, d.h. ein Scheinrecht, in Wahrheit also kein Recht".

252) S. etwa Bleier S. 10 ff.; Staudinger-Seufert § 899 Rdn. 18.

Die vorläufige Schutzzeintragung für ein anderes Recht zur Vermeidung des gutgläubigen Erwerbs dieses Rechts bildet demnach ein arteigenes Sicherungsmittel und kann nicht als echtes dingliches Recht verstanden werden²⁵³⁾, auch nicht als "vorläufiges" Recht²⁵⁴⁾. Dabei ist gleichgültig, welche Anforderungen im einzelnen an ein subjektives Recht allgemein gestellt werden²⁵⁵⁾. Somit kann die Ansicht nicht aufrecht erhalten werden, dem Widerspruch sei ein unmittelbarer Rang i.S.d. §§ 879 ff. zuzuerkennen, da es sich dabei um ein begrenztes dingliches Recht handle wie jedes andere²⁵⁶⁾. Daß auch die Verkehrsbedürfnisse keinen derartigen Rang eines Grundbuchvermerks verlangen, wie Hesse zur Absicherung seiner Überlegungen anführt²⁵⁷⁾, wurde bereits an anderer Stelle dargelegt; insoweit kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Verfügungsbeschränkung verwiesen werden²⁵⁸⁾.

253) Absolut h.M., vertreten etwa von RGZ 69, 269; 117, 351; KGJ 26, A 241; 47, A 177; 49, A 182; KG HRR 1928 Nr. 842; KG JFG 6, 403; Turnau-Förster I § 899 Bem. 7; Staudinger-Seufert § 899 Rdn. 3; Wolf S. 258; Bleier S. 19; Schmidt (Diss.) S. 42; Biermann (Widerspruch) S. 96, 102 u. passim; Planck-Strecker § 899 Bem. 1; RGRK-Pritsch § 899 Anm. 2; Soergel-Baur § 899 Rdn. 1; Palandt-Bassenge § 899 Bem. 2. Speziell im Zusammenhang mit der Erörterung von Rangfragen ebenso: Westermann § 73 III 2; Baur § 17 B II 4; Levi S. 18; Grunsky S. 57.

254) So aber, völlig alleinstehend, Thieme § 45 Bem. 7.

255) Vgl. Biermann (Widerspruch) S. 96.

256) So aber Hesse DFG 1938, 38 f. (sein zusätzlich angeführter Hinweis auf die Parallele zur Verfügungsbeschränkung überzeugt nicht, da es sich beim Widerspruch gerade um keine Verfügungsbeschränkung handelt, wie allgemein anerkannt ist, so z.B. Biermann a.a.O. S. 101; Knauer S. 82; Bleier S. 22 f.; Baur § 18 B I 3; RGZ 117, 351 f.).

Wie Hesse auch Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1; Thieme § 45 Bem. 7; ohne Begründung auch Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 35 (vgl. aber auch Bem. 7); Güthe-Triebl § 45 Rdn. 13.

257) DFG 1938, 89.

258) S. 87 ff.

Andere Stimmen in der Literatur lehnen zwar ebenfalls eine direkte Anwendung der §§ 879 ff. ab, setzen sich aber immerhin - freilich ohne nähere Begründung - für deren entsprechende Anwendung ein²⁵⁹⁾. Allerdings wird dabei nicht klar, wie das zu verstehen ist. Ob etwa der Widerspruch kein Recht sei und deshalb nur eine Analogie in Betracht komme, dem Widerspruch aber doch echter Rang i.S.d. § 879 zukomme, oder ob nur die anders geartete - nicht unter das echte Rangverhältnis fallende - Beziehung zu anderen Rechtserscheinungen nach den Kriterien des § 879 aus dem Grundbuch zu entnehmen sei. Theoretisch denkbar ist beides. Wie dem auch sei, eine entsprechende Anwendung kann unter keinen Umständen befürwortet werden. Denn es fehlt an der gleichgelagerten Interessenlage: Der Rang wurde oben erkannt als rechtstechnisches Mittel zur Lösung bestehender Kollisionen zwischen vervielfältigten und sich überschneidenden Herrschaftsbefugnissen an ein und demselben Objekt. Beim Widerspruch aber fehlt es an jeglichen positiven Befugnissen, wie oben bei der Ablehnung der Qualifikation als echtes Recht aufgezeigt wurde. Wenn im Zusammenhang mit dem Widerspruch Rechte des wahren Berechtigten zur Diskussion stehen, handelt es sich dabei stets um Ausstrahlungen der dinglichen Natur des z u g r u n d e l i e g e n d e n Sachenrechts. Somit ist ein Aufeinanderprallen von Machtbefugnissen bereits von vornherein ausgeschlossen. Der Rang könnte daher seinen Zweck gar nicht erfüllen, erst recht nicht, sofern der Widerspruch zu Unrecht eingetragen wurde und das Grundbuch richtig war, denn dann war der Widerspruch von Anfang an bedeutungslos²⁶⁰⁾. Mithin besteht kein Bedürfnis des Rechtsverkehrs für analoge Anwendung der nur auf den Rang zugeschnittenen Vorschriften der §§ 879 ff. ²⁶¹⁾.

259) Kretzschmar § 879 Bem. 5; Fuchs I § 899 Bem. 6; Friedrich S. 12

260) Baur § 18 B I 3.

261) Gegen Analogie auch: Grunsky S. 57; Rosenberg Vorbem. IV 1 b vor § 879; Warneyer-Buchwald § 879 Bem. I; Horber § 45 Bem. 2 Bd; Löscher S. 233.

Im Anschluß an eine grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts²⁶²⁾, die von zahlreichen Autoren kommentarlos übernommen wurde²⁶³⁾, hat sich eine weitere Auffassung herauskristallisiert, die zwar ebenfalls dem Widerspruch keinen Rang i.S.d. §§ 879 ff. zukommen lassen will, aber doch einen anderen Rang: Der Widerspruch habe "den Rang, der dem durch ihn gesicherten Recht nach den zeitigen Rechtsverhältnissen zukommt"²⁶⁴⁾. Damit wird ein weiterer materieller Rang anerkannt, der neben dem in §§ 879 ff. zum Ausdruck gebrachten stehen müßte²⁶⁵⁾. - Dem kann nicht zugestimmt werden. Zum einen sollen die §§ 879 ff., wie sich aus ihrer Stellung in den allgemeinen Vorschriften zum Grundstücksrecht und aus der bewußt allgemein gehaltenen Fassung der Vorschriften ergibt, für alle Erscheinungen im Grundstücksachenrecht generell gelten. Einen "anderen" materiellen Rang kann es daher nicht geben²⁶⁶⁾. Darüber hinaus ist wegen des fehlenden Schutzzweckes für den materiellen Rang aus den Gründen, die bereits bei Ablehnung der Analogie zu §§ 879 ff. dargelegt wurden, nicht ersichtlich, weshalb die Beziehung des Widerspruchs zu anderen Eintragungen unter den Begriff des Rangverhältnisses fallen sollte. Die Ausstattung des Widerspruchs mit einem Rang ist nicht erforderlich, da es reicht, wenn das geschützte dingliche Recht seinen ursprünglichen Rang behält. Im Zusammenhang mit dem Widerspruch kommt es nur auf den Rang des durch ihn gesicherten R e c h t e s an²⁶⁷⁾. Daß das gesicherte dingliche Recht einen Rang hat, der durch den Widerspruch mitgeschützt wird²⁶⁸⁾, ist

262) RGZ 129, 124 (127).

263) RG WarnRspr. 1931 Nr. 106; Fischer-Henle-Titze § 879 Bem. 1; Planck-Strecker § 879 Erl. 7 f; Warneyer-Bohnenberg § 879 Erl. I a.E.; Soergel-Baur § 879 Bem. 2; RGRK-Pritsch § 879 Anm. 11; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 2 a aa; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 7; Erman-Westermann § 899 Rdn. 1; Staudinger-Seufert § 899 Rdn. 27.

264) RGZ 129, 124 (127); größtenteils wörtlich von den Nachfolgern übernommen.

265) Nach Schmitt S. 38 steht der Widerspruch wenigstens im Rangverhältnis im weiteren Sinn. Daß es etwas Derartiges nicht gibt, wird noch an anderer Stelle aufzuzeigen sein.

266) Nach Guth S. 23 ist die Zahl der materiellen Rangverhältnisse freilich theoretisch unbegrenzt.

267) Prot. III S. 112.

268) Westermann § 73 III 2; ähnlich Biermann (Widerspruch) S. 99 f.; Bleier S. 18.

aber eine völlig andere Frage, die mit dem Rang des Widerspruchs selbst nichts zu tun hat.

Nach alldem muß denjenigen beigespflichtet werden, die nicht nur den §§ 879 ff. jegliche Bedeutung für das Verhältnis des Widerspruchs zu den beschränkten dinglichen Rechten absprechen, sondern dieser Grundbucheintragung auch jeglichen Rang aberkennen²⁶⁹⁾. Erst recht müssen diese Überlegungen für das Verhältnis mehrerer Widersprüche untereinander gelten²⁷⁰⁾.

Als Ergebnis dieser Ausführungen läßt sich die materielle Funktion des Rangs wieder einen Schritt weiter umgrenzen. Die Aufgabe des Rangs kann weiter präzisiert werden: Er hat lediglich Kollisionen zwischen e c h t e n beschränkten dinglichen Rechten untereinander zu lösen. Nicht zu regeln hat er demgegenüber das Aufeinanderprallen allenfalls rechtsähnlicher Erscheinungen, wie die Beziehungen von Vormerkung, Verfügungsbeschränkung und Widerspruch zu beschränkten dinglichen Rechten oder jeweils zueinander.

269) Medicus AcP 163, 13; Grunsky S. 57 f.; Baur § 17 B II 4; Maenner § 9 Fußn. 14; Levi S. 18; Westermann § 73 III 2; ausdrücklich gegen die betreffende grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts wendet sich von diesen Autoren nur Medicus.

Wohl auch Breit S. 23, da er sämtlichen, von den Belastungen zu unterscheidenden reinen "Grundbuchvermerken" die Rangfähigkeit abspricht.

270) Soweit ersichtlich, wird auch in dieser Richtung kein Unterschied getroffen. Entweder wird insoweit einheitlich unmittelbarer Rang nach § 879 angenommen (so z.B. Hesse DFG 1938, 89) oder einheitlich Analogie (vgl. etwa Friedrich, S. 12) oder einheitlich anderer Rang (u.a. Planck-Strecker § 879 Erl. 7 f.) oder einheitlich jegliche Rangfähigkeit aberkannt (so etwa Baur § 17 B II 4).

IV. Nach Ableitung der Funktion des Rangs in den vorigen Kapiteln läßt sich zwanglos Stellung nehmen zu einigen Rangfragen, die vor allem in der Literatur immer wieder Kontroversen ausgelöst haben. Namentlich herrscht Streit darüber, unter welchen allgemeinen Voraussetzungen²⁷¹⁾ einer Grundstücksbelastung ein Rang zukommt.

1. Unter diesem Gesichtspunkt drängt sich insbesondere die Frage auf, ob ein Recht allein einen Rang behauptet, oder ob das Hinzutreten mindestens eines weiteren beschränkten dinglichen Rechts am selben Objekt erforderlich ist. In dieser Hinsicht gehen die Meinungen weit auseinander. Der extreme Standpunkt in der einen Richtung wird mit besonderer Deutlichkeit von Güthe²⁷²⁾ eingenommen. Nach ihm erhält jedes Recht begrifflich und notwendig mit seiner Entstehung einen bestimmten Rang. Das sei zwar aus den Vorschriften der §§ 879 ff. nicht ausdrücklich zu entnehmen. Jedoch ergebe sich daraus, daß das Gesetz eingehende Bestimmungen darüber treffe, nach welchen Prinzipien sich das Rangverhältnis regele, die Grundtendenz dieser Normen - daß nämlich ein dingliches Recht gar nicht anders entstehen könne, als sofort eine bestimmte Rangstelle einzunehmen²⁷³⁾²⁷⁴⁾.

Diesem Gedankengang kann nicht beigespflichtet werden. Zum einen handelt es sich um eine reine Hypothese, wenn Güthe sich auf die angeblich im Gesetz zum Ausdruck kommende Grundtendenz beruft. Es liegt vielmehr näher, in der detaillierten

271) Nicht gemeint ist hier die Frage nach den im einzelnen umstrittenen Kriterien, wie der Rang nach § 879 aus der Grundbucheintragung zu entnehmen ist (z.B. Raum-oder Zeitfolge der Eintragungen).

272) Grundlagen S. 78 f.

273) Den Ausführungen Güthes stimmen zu: Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1 und Grunsky S. 1.

274) Auch nach der Auffassung, daß der Rang als notwendige gesetzliche Folge der Dinglichkeit zu verstehen sei, müßte es naheliegen, jedem Recht ohne weiteres Rang zuzuerkennen. Ebenso unter der Prämisse Rang als notwendiger Inhaltsbestandteil eines Rechts (vgl. Scheuerer S. 19). Daß diesen beiden Theorien indessen nicht gefolgt werden kann, wird noch näher darzulegen sein.

Festlegung der Rangbestimmungsmerkmale eine Ausprägung des Bestimmtheitsgrundsatzes im Grundstückssachenrecht zu sehen, woraus sich die konkreten Anforderungen an den bestimmten Rang im Einzelfall - bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen, namentlich mehrerer Rechte - ergeben²⁷⁵⁾. Die gesetzliche Regelung zielt lediglich darauf ab festzusetzen, welche äußeren Merkmale im einzelnen für den Rang der entstehenden Rechte im Verhältnis zueinander bestimmend sein sollen. Unterstützt wird diese Erwägung vom Wortlaut der §§ 879 f.: Das Gesetz spricht in diesen Vorschriften vom Rang v e r h ä l t n i s (§ 879 I 1, § 879 II, § 879 III, § 880 I). Von einem Verhältnis kann aber rein logisch nur die Rede sein bei m e h r e r e n Rechten. Und auch sonst regelt das BGB in §§ 879 ff. die Rangordnung stets in bezug auf mehrere Rechte (§ 879 I 2: "Rechte" in denselben Abteilungen; auch § 880 verlangt zur Rangänderung mehr als ein Recht; ebenso kann der Rangvorbehalt nur Wirkung bei mehreren Belastungen entfalten). In einer Linie mit diesen Regelungen spricht das Gesetz auch an anderen Stellen vom Rang nur in Zusammenhang mit mehreren Rechten (vgl. etwa §§ 1024, 1208 I 1, 1232, 1290 BGB; 10 f., 44 ZVG). Zudem kann der Rang schon begrifflich nur Vor-, Nach- oder Gleichrang sein. Das bedeutet aber, daß stets mindestens zwei Rechte vorhanden sein müssen. Um "vor", "nach" oder "gleich" rangieren zu können, bedarf es rein logisch wenigstens noch eines anderen Bezugsrechts²⁷⁶⁾.

- 275) Zudem ergibt sich aus § 879 der vom sonstigen Immobiliarsachenrechtssystem völlig abweichende Grundsatz der formalen Rechtskraft der Eintragung (dazu noch später). Auch dieses Prinzip verlangt nicht zwingend, einem alleinstehenden Recht bereits Rang zuzugestehen. Es besagt lediglich, daß bei mehreren Rechten sich deren Rang allein nach der Eintragung und nicht einem sonstigen Moment (etwa dem Zeitpunkt der Antragstellung) bestimmt.
- 276) Auch die allgemeine Bedeutung des Begriffs "Rang" in rein sprachlicher Beziehung geht dahin, stets die Stellung innerhalb mehrerer konkurrierender Gebilde zu umschreiben (vgl. Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. 8, 1893, S. 92 ff.; s. auch Koch (Diss.) S. 45 ff.).

Vor allem aber lassen sich Güthes Überlegungen nicht mit der bereits aufgedeckten materiellen Funktion des Rangs vereinbaren. Er wurde erkannt als vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen geschaffenes rechtstechnisches Mittel zur Regelung des Aufeinanderprallens verschiedener Herrschaftsbefugnisse. An der Kollision von Befugnissen fehlt es aber, solange nur ein Recht allein besteht. Eine Vervielfältigung und Überschneidung von Machtbefugnissen kann erst dann eintreten, wenn mindestens zwei Rechte am selben Objekt bestehen. Vorher ist die Verleihung eines Rangs durch die Rechtsordnung mitnichten vonnöten²⁷⁷⁾²⁷⁸⁾²⁷⁹⁾.

Unter dogmatischen Aspekten läßt sich gegen den Rang eines alleinstehenden Rechts auch ins Feld führen, daß das Grundstücksrecht nicht vom Prinzip der "offenen Rangstellen" durchzogen ist. Ein derartiges System fester, freier Rangstellen, wie es in früheren Länderprivatrechten mitunter galt²⁸⁰⁾, würde in der Tat dazu führen, daß auch eine einzelne Belastung stets einen Rang hätte²⁸¹⁾. Nach dem Aufbau des geltenden Sachenrechts, das vom automatischen Nachrücken der Rechte ausgeht, kann ein Recht nicht von vornherein als nachrangiges an einer weiter hinten liegenden offenen, festen Stelle bestellt werden²⁸²⁾. Mithin ist ein Rang erst dann vorstellbar, wenn mindestens zwei Rechte aufeinander stoßen²⁸³⁾.

277) Das klingt bereits bei Kornitzer GrünhutsZ 17, 661 an, wenn er betont, daß der Rang juristisch inhaltslos sei, solange nur ein Recht bestehe.

278) Selbst Bock, der (S.43) den Rang nicht für ein vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen willkürlich geschaffenes Institut hält und insoweit vom hier vertretenen Standpunkt abweicht, anerkennt, daß ein Recht allein noch keinen Rang haben kann (S. 1).

279) Unterstützt wird dieses Ergebnis von einem Blick in die Rechtsgeschichte. Der Rang taucht in der Entwicklung des Sachenrechts erst mit der Möglichkeit der Bestellung mehrerer Rechte am selben Objekt auf. Vgl. Exner S. 463 f.

280) Vgl. die Nachweise bei Wussow S. 18 Fußn. 27; vgl. auch Schmitten S. 21 Fußn. 27.

281) Vgl. Wussow S. 17 f.

282) Zur Ablehnung der offenen festen Rangstellen im BGB vgl. etwa Mot. III S. 204, 231; Wussow S. 18; Schmitten S. 21; KG WarnJahrb. 1907, 130 f.

283) Vgl. auch Wussow S. 18.

Auch unter wirtschaftlicher Betrachtung der Interessenlage ist es nicht nötig, ein alleinstehendes Recht mit einem Rang auszustatten²⁸⁴⁾. Für den Eigentümer ist es gleichgültig, ob der beschränkt Berechtigte Ranginhaber ist, da sein Grundstück jedenfalls insgesamt von dem Recht erfaßt wird und er nach § 903 stets weichen muß. Auch für Rangwahrung durch ein evtl. später entstehendes Grundpfandrecht besteht kein Bedarf, solange nicht wenigstens ein weiteres dingliches Recht zurückgedrängt werden kann. Ebensowenig hat der beschränkt Berechtigte Interesse daran, Ranginhaber zu sein, solange niemand anders ihm überhaupt in die Quere kommen kann bei Verwirklichung seines Rechts. Dem steht nicht entgegen, daß grundsätzlich die Möglichkeit besteht, daß der Eigentümer weitere Rechte am selben Gegenstand bestellt, die in Zukunft mit dem ersten Recht in Konkurrenz treten würden. Denn dem Interesse des ersten Rechtsinhabers ist damit gedient, mit Eintragung seines Rechts eine solche Position zu erlangen, daß ihm in aller Regel²⁸⁵⁾ in dem Moment der erste Rang verliehen wird, wenn später eine weitere Belastung eingetragen wird; erst durch die Konkurrenz eines anderen Rechts wird sein Bedarf am Rang geweckt. - Auch das Interesse des allgemeinen Rechtsverkehrs verlangt nicht, bereits ein alleinstehendes Recht mit Rang auszustatten. Zum Schutze des Immobiliarkreditverkehrs reicht es, wenn ein Dritter darauf vertrauen kann, daß die Eintragung später den ersten Rang erhalten wird.

284) Andeutungsweise gibt das z.B. Baur § 17 A I 1 zu verstehen, wenn er die Lage als wirtschaftlich problemlos charakterisiert, solange nur ein Recht besteht.

285) Ausnahmen sind möglich wegen der streng formalen Rechtskraft der Eintragung, was den Rang angeht. Dazu noch später.

Mithin erhält ein einzelnes Recht mit seiner Eintragung nicht automatisch und notwendig einen bestimmten Rang²⁸⁶⁾²⁸⁷⁾. Ein Recht allein besitzt noch keinen Rang²⁸⁸⁾²⁸⁹⁾. Zur Entstehung des Rangverhältnisses muß mindestens noch ein weite-

- 286) A.A. aber GütHe (Grundlagen) S. 78 f.; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1; Grunsky S. 1; Wolf S. 268; Scheuerer S. 18 f.; im Ergebnis ebenso Koch (Diss.) S. 50 (er begründet seine Auffassung damit, daß der Rang als mit der Eintragung beginnender "Zustand" aufzufassen sei, der bereits rechtlich von Bedeutung, wenn auch praktisch irrelevant sei, solange nur ein Recht allein existiert. Dem ist bereits entgegenzuhalten, daß ein Rang rechtliche Wirkung erst entfalten kann, wenn er sich einem anderen Recht gegenüber als Vorrang mit daraus entstehenden Befugnissen bewähren kann. Umgekehrt wie Koch es behauptet, ist der "Rang" eines einzelnen Rechts noch nicht rechtlich von Bedeutung, aber bereits praktisch; wie sich etwa daran zeigt, daß der Inhaber sein Recht zu solch günstigen Bedingungen beleihen kann wie ein Vorranginhaber. - Auch die Kochs Ausführungen zugrundeliegende Unterscheidung zwischen (stets vorhandenem) absoluten und (nur bei Konkurrenzverhältnis vorliegendem) relativen Rang (S. 51) überzeugt nicht. Inwiefern soll es von Bedeutung sein, daß ein Recht irgendeinen (absoluten) Rang hat, aber nicht gerade einen bestimmten (relativen) im Verhältnis zu anderen Rechten? - Wohl auch BGHZ 6, 70 (72 f.).
- 287) Wenn Grunsky S. 29 sich zusätzlich darauf beruft, daß auch das Eigentum einen Rang habe und somit ein beschränktes dingliches Recht ohne weiteres - zu diesem - im Rangverhältnis stehe, so kann dem nicht beigespflichtet werden, da nach hier vertretener Auffassung dem Eigentum gerade kein Rang zukommt.
- 288) Daß die Eintragung einer einzelnen Belastung bereits wirtschaftlich von Bedeutung ist insofern, als kein weiteres begrenztes Recht mehr zu Sicherungszwecken zum vorteilhaften ersten Rang bestellt werden kann, steht dem nicht entgegen.
- 289) Allerdings kann der Rang immerhin schon als im Keim vorhanden angesehen werden. Denn nach der hier vertretenen Ansicht (s.u. S. 168 ff.) entsteht der Rang aus der dinglichen Abwehrkraft des Vorrechts. Diese ist im beschränkten dinglichen Recht von vornherein latent vorhanden. Ihre Wirkung hinsichtlich des Rangs kann sie aber naturgemäß erst dann entfalten, wenn ein weiteres Recht hinzutritt und dieses verdrängt werden muß; vorher fehlt es insoweit noch am Substrat für die dingliche Ausschließungsbefugnis. Damit stimmt auch die hier vertretene Auffassung von den Rangwirkungen als gesetzliches Schuldverhältnis überein (s.u. S. 168 ff.); auch ein Schuldverhältnis kann erst mit dem Hinzutreten mindestens einer weiteren Belastung entstehen.

res beschränktes dingliches Recht am selben Objekt hinzutreten²⁹⁰⁾²⁹¹⁾. Demnach ist der Rang nicht als "essentiale", sondern als "accidentale" eines Rechts zu verstehen²⁹²⁾.

Mit dieser Erkenntnis, daß ein Grundstücksrecht nicht notwendig durch die Eintragung einen bestimmten Rang erlangt, wird sofort eine weitere Frage aufgeworfen. Wie nämlich das Zusammentreffen mindestens zweier Rechte im einzelnen gestaltet sein muß, um jedem von ihnen einen bestimmten Rang zukommen zu lassen²⁹³⁾. Denkbar sind drei verschiedene Konstellationen: Einmal kann eine Kollision, die eine Rangordnung erfordern würde, erst in der konkreten Behinderung

290) Ausdrücklich ebenso Quassowski S. 135; Wussow S. 17 f.; Bock S. 1; Kretzschmar ZBIFG 18, 145; Breit S. 5, 7 f.; Rosenberg Vorbem. IV 1 a vor § 879; Galewski S. 20; Eichler II 2 S. 358; Lange (Boden) S. 39; Lange (Sachenrecht) S. 97; Westermann § 80 I 1; Unterreitmayer RpfLeger 1960, 282; Bleutge Rpfleger 1974, 383 f.; KG OLGRspr. 18, 244. Vgl. auch Friedrich S. 2 f. u. 8. - Auch Hirsch S. 35 und Wolff-Raiser § 51 III verneinen die Rangfähigkeit einer alleinstehenden Belastung; abweichend von der hier vertretenen Auffassung gestehen sie freilich dem Eigentum Rangfähigkeit zu und kommen damit folgerichtig zum Ergebnis, daß ein beschränktes Recht doch sofort einen Rang erhalte, da bereits das erforderliche zweite rangtragende Recht im Eigentum zu sehen sei.

Konsequenterweise müssen hierzu auch diejenigen Autoren gerechnet werden, die den Rang als Verhältnis zu anderen Rechten verstehen (so Ksoll S. 136; Erman-Westermann § 879 Rdn. 1; Woldering S. 58; LG Braunschweig Rpfleger 1972, 365), bzw. annehmen, daß erst die Mehrheit von Rechten Rangfragen ermöglicht (so etwa v. Tuhr II 1 S. 77 ff., I 1 S. 236, 124).

291) Für das ältere Recht betont etwa Exner S. 518 die Rangunfähigkeit eines einzelnen Rechts.

292) So die prägnante Umschreibung von Hirsch S. 35.

293) Die meisten Autoren, die sich mit der hier vertretenen Auffassung gegen den Rang eines alleinstehenden Rechts wenden, gehen darauf freilich überhaupt nicht ein. Sie lassen nicht erkennen, ob nach ihrer Ansicht mehreren Belastungen mit deren Entstehung auch automatisch Rang verliehen wird, oder ob noch sonstigen Erfordernissen Genüge getan sein muß. S. Bock S. 1; Kretzschmar a.a.O.; Rosenberg a.a.O.; Eichler a.a.O.; Westermann a.a.O.

in der vollständigen Ausübung gesehen werden. Zum anderen kann bereits die Möglichkeit der Beeinträchtigung in der Verwirklichung als genügend angesehen werden. Schließlich ist denkbar, daß bei mehreren Rechten immer automatisch ein bestimmtes Rangverhältnis zwischen diesen besteht, gleichgültig, ob es überhaupt jemals in der Zukunft zur Kollision kommen kann.

Ausschlaggebend dafür, welcher der drei Fälle gegeben ist, kann wiederum nur die materielle Funktion des Rangs sein. Er wurde bereits erkannt als rechtstechnisches Mittel zur Lösung bestehender Kollisionen zwischen verschiedenen beschränkten dinglichen Rechten. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß notwendigerweise erst bei der ersten der aufgezeigten Konstellationen eine Rangordnung gegeben sein kann²⁹⁴⁾. Denn bereits bei der M ö g l i c h k e i t , daß die Rechte in der Ausübung aufeinanderprallen, widersprechen sich die in mehreren subjektiven Rechten enthaltenen Machtbefugnisse²⁹⁵⁾. Unterstützt wird diese Erwägung von der Regelung in § 44 ZVG. Diese Vorschrift macht die Festsetzung des geringsten Gebots abhängig vom Rang der Rechte. Damit wird an dieser Stelle davon ausgegangen, daß bereits v o r der eigentlichen Befriedigung durch die Erlösverteilung - d.h. vor Verwirklichung des Rechts - eine materiellrechtliche Rangordnung zwischen den Rechten besteht. Erst recht wird in § 11 I ZVG vorausgesetzt, daß zwischen mehreren Rechten bereits eine materielle Rangfolge besteht, bevor die Ausübung im Wege der Zwangsbefriedigung erfolgt. Auch praktische Erwägungen sprechen nur scheinbar dafür, einen Rang erst dann anzunehmen, wenn sich bei der Zwangsvollstreckung zeigt, daß das Objekt in der Tat nicht für alle Gläubiger zur vollständigen Befriedigung reicht; es darf nicht argumentiert werden, daß Rang erst mit der realen Auswirkung in der Zwangsbefriedigung von Nutzen wäre. Denn der nicht

294) In dieser Richtung aber Exner § 65 Anm. 41 S. 508; Crome I S. 531 f. Vgl. Wittkowsky S. 54. - Wohl auch Wussow S. 18; Lange (Boden) S. 39 u. Sachenrecht S. 97.
295) Ähnlich Wittkowsky S. 54 f.

von der Hand zu weisende Gedanke, daß es bei mehreren Rechten evtl. in Zukunft zu Komplikationen kommen kann und dadurch die Kollisionsproblematik akut werden kann, rechtfertigt es bereits, damit jedem von mindestens zwei Rechten Rang zuzuerkennen. Dahin dürfte auch die Verkehrsanschauung gehen, die den wirtschaftlichen Wert eines Rechts bei Vorliegen noch mindestens eines weiteren Rechtes automatisch von dessen Rang abhängig macht²⁹⁶⁾. - Ein anderes Ergebnis ließe sich denn auch kaum mit dem Gedanken des Verkehrsschutzes vereinbaren. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs darf der Rang nicht davon abhängig gemacht werden, ob tatsächlich später bei der Zwangsbefriedigung im Einzelfall jeder Rechtsinhaber voll auf seine Kosten kommt. Vielmehr muß der Rechtsverkehr darauf vertrauen, daß bereits vorher zwischen mindestens zwei Rechten automatisch eine Rangordnung besteht.

Dabei kann dahinstehen, ob der mitunter vertretenen Auffassung zu folgen ist, daß automatisch auch dann Ränge bestehen, wenn noch nicht einmal theoretisch zu irgendeinem Zeitpunkt eine irgendwie geartete Beeinträchtigung in der Verwirklichung der Rechte droht²⁹⁷⁾. Denn die theoretische Möglichkeit der Beeinträchtigung, d.h. Kollisionsgefahr²⁹⁸⁾ ist

296) Insbesondere Baur § 17 A I 1 deckt anschaulich auf, daß die Lage in der Praxis problematisch wird, sobald mehr als ein Recht an der Sache besteht. Dann bestehe bereits "Konkurrenz" zwischen den Rechten, wenngleich sie erst in dem Moment aktuell zum Vorschein trete, wenn "nicht mehr alles gut gehe".

297) So aber KG JW 1926, 1016 unter Berufung darauf, daß § 879 auf diesem Gedanken beruhe (allerdings widersprüchlich, da zugleich der damit unvereinbare in KGJ 38, A 265 entwickelte Grundsatz, daß Konkurrenz erforderlich sei, herangezogen wird); dem zustimmend RGRK - Pritsch § 879 Anm. 3; auch BGH NJW 1954, 1443 (1444), der nur in concreto vom KG abweicht, mit dessen grundsätzlichen rechtlichen Ausführungen aber übereinstimmt. Mit Nachdruck wendet sich dagegen Schmitten S. 11 ff.; vgl. auch die ablehnende Anmerkung von Stillschweig JW 1926, 1016.

298) Darauf stellen ebenfalls ab: Schmitten S. 11 ff.; Hirsch S. 33 ff.; Stillschweig a.a.O.; Breit S. 4, 7 ff.; v. Tuhr II 2 S. 571; Hesse DFG 1938, 86; KGJ 38, A 262 (265).

bei mindestens zwei Belastungen i m m e r gegeben²⁹⁹⁾³⁰⁰⁾: Die Pfandrechte werden in Form der Befriedigung durch Geld verwirklicht, die Nutzungs- und Erwerbsrecht durch "Ausübung" i.e.S. (vgl. etwa § 1024). Daß diese Rechte jeweils untereinander bei Geltendmachung in Widerstreit geraten können, unterliegt keinem Zweifel. Aber auch wenn verschiedenartige Rechte nebeneinander bestehen, ist eine Kollision und damit ein Rangverhältnis stets möglich. Das läßt sich z.B. aus der Regelung in §§ 1032, 1208 entnehmen, wonach zwischen Nießbrauch und Pfandrecht eine Rangordnung bestehen kann. Und das folgt namentlich aus § 92 ZVG: Danach können sich alle, auch inhaltlich verschiedenartige Rechte im Falle der Zwangsversteigerung - und die Gefahr der Zwangsbefriedigung besteht theoretisch immer³⁰¹⁾ - samt und sonders in Wertersatzansprüche am Versteigerungserlös umwandeln³⁰²⁾. Demnach kann es spätestens hier zum Aufeinanderprallen mit anderen Befugnissen kommen.

299) Grundsätzlich a.A. freilich Breit S. 4, der davon ausgeht, daß stets nur die Konkurrenz gleichartiger Rechte durch eine Rangordnung gelöst werden könne. Daß das unhaltbar ist, hat bereits Bock S. 28 f. überzeugend dargelegt.

300) Auch mehrere Rechte ein und desselben Berechtigten stehen in einem Rangverhältnis, da es nur auf die sich überlappenden Herrschaftsbefugnisse ankommt, nicht aber auf die verschiedenen Berechtigten; ebenso Emmerich S. 74. Insoweit freilich a.A. Crome I S. 532 f.; v.Tuhr I 1 S. 236; Rosenberg Vorbem. I vor § 879.

301) Vgl. Breit S. 8.

302) Vgl. Bock S. 29 u. Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1. - A.A. freilich Schmitt S. 12 f., der z.B. dem Vorkaufsrecht im Verhältnis zu anderen beschränkten dinglichen Rechten (allerdings im Gegensatz zum Verhältnis mehrerer Vorkaufsrechte untereinander) keinen Rang zugesteht, da das Vorkaufsrecht in der Zwangsversteigerung gegenstandslos werde. Dagegen etwa Reinhard-Müller § 10 Anm. V 1; Zeller § 92 Bem. 19; Korintenberg-Wenz § 92 Bem. 2 c; Steiner-Riedel (7. Aufl.) § 92 Bem. 2 a, wonach das für mehrere Fälle bestimmte Vorkaufsrecht Wertersatz erhält. Vgl. auch BGHZ 14, 146 ff.

Mithin fallen bei den Grundstücksrechten die oben aufgezeigten Konstellationen zwei und drei zusammen. Seiner materiellen Funktion, sich überschneidende Herrschaftsbefugnisse zu ordnen, kann der Rang bereits bei der Möglichkeit der Beeinträchtigung mindestens zweier Rechte Genüge tun. Die Kollisionsgefahr ist bereits mit dem Entstehen zweier Rechte ohne weiteres gegeben, so daß mit der Eintragung mehrerer Rechte diesen automatisch bestimmter Rang zukommt³⁰³⁾. Unterstützt wird diese Erkenntnis durch den formellen Gedanken der Rechtssicherheit. Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs verlangen, daß zwischen mehreren eingetragenen Belastungen ohne weiteres eine klare Rangfolge besteht. Zwei und mehr am selben Objekt bestehende echte beschränkte Grundstückssachenrechte stehen stets im Rangverhältnis i.S.d. §§ 879 ff.

2. Damit ist zugleich zwingend festgestellt, daß den begrenzten dinglichen Rechten nicht erst in der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein Rang zu eigen ist, wie man angesichts der eingehenden Regelung der Rangwirkung im Zwangsversteigerungsgesetz jedoch annehmen könnte, und wie es denn auch im älteren Recht mitunter der Fall war³⁰⁴⁾. Unterstützt wird diese Überlegung von der gesetzlichen Ausgestaltung der Nutzungsrechte, die bereits bei "Ausübung", also vor Einleitung von Maßnahmen zur Zwangsbefriedigung, Rang besitzen (vgl. §§ 1024, 1060, 1090 II). Da eine unterschiedliche Behandlung von Nutzungsrechten und sonstigen beschränkten dinglichen Rechten insoweit unverständlich und auch kaum mit dem in §§ 879 ff. zutage tretenden allgemeinen Rechtsgrundsatz der

303) Im Ergebnis unterscheiden sich also die Auffassungen von Schmitten S. 11 ff. und KG JW 1926, 1016 nicht.

304) So geht etwa Rudolph SächsArch. 1892, S. 209 i.V.m. Fußn. 23 (m.w.N.) davon aus, daß ein Kollisionsverhältnis - mithin eine Rangordnung - erst in der Zwangsversteigerung vorliege, da dinglichen Rechten nur Wirksamkeit nacheinander, nicht nebeneinander innewohne. Daß diese Begründung für das BGB nicht stichhaltig ist, folgt bereits aus der aufgezeigten Vervielfältigung und Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse. Danach ist den verschiedenen Rechten doch Wirksamkeit n e b e n e i n a n d e r zu eigen.

Gleichbehandlung aller Belastungen vereinbar wäre, muß Entsprechendes auch für die übrigen Belastungen gelten. Überdies setzt auch § 11 I ZVG Rang aller Rechte voraus, indem er auf die materielle Rangordnung, die bereits außerhalb der Zwangsvollstreckung besteht, verweist.

Im alltäglichen Rechtsverkehr zeigt sich die wichtigste Bedeutung des Rangs bei den Grundpfandrechten, und dort wiederum in der Zwangsvollstreckung, da die Verwertungsrechte auf zwangsweise Befriedigung aus dem Grundstück angelegt sind. Das darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Rang bereits allen Rechten auch v o r der Zwangsbefriedigung aus dem Recht zusteht. Wie im Kapitel über die Einzelwirkungen noch darzulegen sein wird, kann sich der Rang bei sämtlichen Sachenrechten auch vorher irgendwie äußern³⁰⁵⁾. - Und nicht nur rechtlich, auch praktisch ist der Rang bereits vor der Zwangsversteigerung von erheblicher Bedeutung. Das ist bereits daran zu erkennen, daß die Bedingungen, zu denen ein Grundpfandgläubiger Kredit erlangt, davon abhängen, welche Rangposition er einnimmt.

Auch die rechtsgeschäftliche Freiheit des Eigentümers, seine Gläubiger außerhalb der Zwangsvollstreckung e n t g e g e n der Rangordnung zu befriedigen, steht nicht entgegen³⁰⁶⁾. Die Rechte behaupten bereits vorher einen bestimmten Rang.

3. Wurde bisher herausgearbeitet, unter welchen allgemeinen Voraussetzungen mehreren begrenzten dinglichen Rechten Rang zusteht, stellt sich bei Betrachtung des Problemkreises von der anderen Seite her die Frage, ob denn für den Rang stets bestehende Rechte erforderlich sind, oder ob er auch losgelöst davon für sich allein existieren kann. Letzteres ist jedenfalls theoretisch denkbar, da der Rang nicht zu verstehen ist als ein der Rechtsordnung unabänderlich ein für

305) S. insbesondere Koch (Diss.) S. 38 f.

306) Wolf S. 269.

allemal seinem inneren Gefüge und seiner äußeren Ausgestaltung nach vorgegebenes Rechtsinstitut. Vielmehr handelt es sich bei ihm, wie bereits mehrfach angedeutet wurde, um eine vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen willkürlich geschaffene und dementsprechend seinem Belieben nach strukturierte Einrichtung. Im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit hat der Gesetzgeber zwei konträre Systeme zur Auswahl³⁰⁷⁾; einmal das System der festen, freien, offenhaltbaren Rangstellen³⁰⁸⁾; zum anderen die Ausgestaltung als bewegliche, gleitende Rangfolge mit dem Prinzip des Nachrückens³⁰⁹⁾. Hält man sich das erste System vor Augen, kann man nicht umhin anzunehmen, daß der einzelne Rang bereits vor dem Recht, als Stelle in einer schon festliegenden Rangordnung besteht und darauf wartet, durch ein Recht in Anspruch genommen zu werden, um dann seine Wirkungen zu entfalten; wenn dieses Recht später wieder entfällt, geht der Rang nicht mit unter, sondern bleibt existent, um möglicherweise in Zukunft wieder von einem anderen Recht ausgefüllt zu werden. Daß dieses System der starren, freien Rangstellen im geltenden Sachenrecht freilich nicht zum Durchbruch gelangt ist, wurde bereits an anderer Stelle angedeutet und wird noch vertiefend zu erörtern sein³¹⁰⁾. Somit ergibt sich in dieser Richtung jedenfalls kein Indiz für die Rangexistenz ohne Bezug auf bestehende Rechte.

Jedoch scheint die Regelung in § 881 auf den ersten Blick dafür zu sprechen, daß ein Rang zunächst unabhängig von einem dazugehörigen Recht existieren könne. Denn danach ist der Grundstückseigentümer in der Lage, den "Rang" einer erst in Zukunft zu bestellenden Belastung vorzubehalten. Diese

307) Selbstverständlich sind auch Mischformen der beiden Ausgestaltungen denkbar.

308) In der Tat wurde dieses System denn auch in manchen älteren Länderprivatrechten durchgeführt; vgl. die Nachweise bei Roth S. 700 Fußn. 22; anders freilich im Gemeinen Recht (vgl. Windscheid-Kipp S. 1228) und im preußischen Recht (vgl. Achilles-Strecker S. 194 Anm. 2 b).

309) Den Gedanken, daß die Rangordnung auf diese beiden Arten wirksam gedacht werden kann, hat bereits 1876 Exner S. 464 f. in aller Schärfe entwickelt. Vgl. auch Horn S. 57 ff.

310) Unten S. 136 ff.

Vorschrift ist freilich nicht so zu verstehen, daß tatsächlich ein losgelöster, unabhängiger eigenständiger Rang als solcher vorbehalten würde³¹¹⁾. Zu erkennen ist das bereits daran, daß immerhin Bezug genommen wird auf eine weitere Belastung ("... Befugnis ..., ein anderes Recht mit dem Range ... eintragen zu lassen"). Überdies würde das andersgeartete Verständnis des § 881 das abzulehnende System der unbeweglichen Rangordnung mit festen freien Stellen voraussetzen.

Schließlich scheint eine in den Materialien³¹²⁾ zu findende Aussage, die in deren Gefolge auch von zahlreichen Stimmen in der Literatur³¹³⁾ immer wieder bekräftigt wird, als Indiz für einen Rang ohne dazugehöriges Recht verwertbar zu sein. Danach wird nämlich der Verkehrsauffassung entsprechend der Rang als ein in gewisser Hinsicht verselbständigtcs wirtschaftliches Gut gewertet; dem Rechnung tragend wird dann auch auf Behandlung als eigenständiges Rechtsgut in der bürgerlich-rechtlichen Gesetzesausgestaltung geschlossen. Dieser Gedankengang könnte zu dem Schluß verleiten, daß ein Rang auch für sich allein existieren könne. - Indessen befaßt sich die Kommission an der angegebenen Stelle³¹⁴⁾ lediglich mit dem Sonderfall des gutgläubigen Vorrangserwerbs bei der Rangabtretung. Wenn sie unterstreicht, daß insoweit der Rang vom Schicksal der Hypothek unabhängig sei und vom Grundpfandrecht getrennt werden könne, dann dient dieser Hinweis lediglich dem Versuch, eine Erklärung dafür zu finden, daß ein bestimmter Rang durch Rechtsgeschäft von einem Recht auf ein anderes übertragen werden kann. Durch die Einschränkung

311) Ebenso Breit S. 80 f.

312) Prot. III S. 98.

313) So nehmen infolge der wirtschaftlichen Eigenständigkeit auch eine "gewisse" rechtliche Selbstständigkeit etwa an: O.v.Gierke II § 119 Fußn. 91; Goldmann-Lilienthal II § 39 II 2; Oberneck I § 41 Nr. 1; Predari § 46 Erl. 7 c; Wege IherJb. 51, 43 f. Gegen auch nur beschränkte rechtliche Selbstständigkeit freilich Laué Gruchot 55, 235.

314) Prot. III S. 98.

"insoweit" wird klargestellt, daß aus den betreffenden Ausführungen gerade kein allgemeingültiger Schluß auf eine etwaige Selbständigkeit des Rangs gezogen werden darf. Unterstützt wird diese Überlegung dadurch, daß im gleichen Atemzug ausdrücklich die "Lokustheorie" (d.h. das Prinzip der festen Rangordnung), welche ja notwendige Voraussetzung für die Rangexistenz ohne Recht wäre, abgelehnt wird. - Ebenso wenig bekennen sich die oben angeführten Stimmen in der Literatur³¹⁵⁾ zu einem Rang ohne Recht. Auch nach ihnen handelt es sich beim Rang um ein lediglich in gewisser Hinsicht eigenständiges Gut, wodurch die (wirtschaftlich bedeutsame) Möglichkeit, einen bestimmten Rang einer Belastung zu nehmen und einer anderen beizulegen, begreiflich gemacht werden soll. Die völlige Loslösbarkeit vom Recht überhaupt ist damit nicht gemeint³¹⁶⁾.

Vor allem muß auch auf die oben entwickelte materielle Ordnungsaufgabe des Rangs abgestellt werden. Mit ihrer Erfüllung wäre es nicht vereinbar, den Rang bereits ohne ein mit ihm behaftetes Recht existieren zu lassen. Seiner Funktion kann er nur gerecht werden, wenn Rechte bereits bestehen. Vorher fehlt es an der durch ihn zu regelnden Kollisionsproblematik infolge vervielfältigter und sich überschneidender Herrschaftsbefugnisse. Ohne derartiges Aufeinanderprallen verschiedener Machtbefugnisse wäre der Rang überflüssig.

Und auch die wirtschaftliche Bedeutung des Rangs zeigt sich stets nur im Zusammenhang mit einem Recht, dem er anhaftet. Für sich allein ist er nicht verwertbar, so ist er z.B. nicht etwa selbständig pfändbar³¹⁷⁾. Auch die oben dargelegte wirt-

315) Siehe Fußn. 313.

316) So verdeutlicht etwa Wege a.a.O., daß der Rang von einer dinglichen Belastung, der er anhängt, "nicht völlig losgelöst noch selbständig ... übertragen werden kann"; es sei lediglich rechtlich zulässig, ihn von der Belastung, der er anhängt, zu lösen und z u g l e i c h einer anderen Belastung desselben Grundstücks anzuhängen.

317) Statt aller vgl. nur Hirsch S. 310 f.

schaftliche Selbständigkeit läßt sich nur soweit erklären, daß der Rang von einem Recht lösbar ist, aber nur um ihn gleichzeitig auf ein anderes Recht zu übertragen.

Danach ist als Ergebnis festzuhalten, daß der Rang streng von bestehenden Rechten abhängig ist. Schlagwortartig läßt sich diese Erkenntnis umschreiben: Ohne Recht kein Rang³¹⁸⁾. Dieser Satz läßt sich freilich nicht ausnahmslos umkehren in "kein Recht ohne Rang"; denn es wurde bereits aufgezeigt, daß ein Recht allein noch keinen Rang besitzt.

Aus der Einsicht, daß der Rang nicht ohne bestehendes Recht existieren kann, ergibt sich eine weitere Erkenntnis. Es gibt keinen besonderen, rein formellen Grundbuchrang dergestalt, daß allein der - wenn auch für ein Recht gedachten - Eintragung Rang zukäme, solange noch kein dazugehöriges Recht wirksam vorhanden ist³¹⁹⁾. Oder wieder schlagwortartig ausgedrückt: Kein Rang mit Eintragung, aber ohne Recht³²⁰⁾. Die besondere formale Rechtskraftwirkung der Rangeintragung (die Eintragung schafft den Rang) steht, auch im Falle des § 879 II, nicht entgegen. Sie führt nicht dazu, daß ein Rang etwa allein, ohne zugrundeliegendes wirksames Recht entsteht. Vielmehr besteht ihre Aufgabe lediglich darin festzusetzen, daß der Rang sich bei Rechtsverstößen im

318) Im Ergebnis ebenso, freilich meist ohne jegliche Begründung: Lange Gruchot 73, 156; Weinberg LZ 1931, 17; Eichler II 2 S. 358; Breit S. 8, 80; Reichel S. 58; Scheuerer S. 20; Friedrich S. 97. A.A. wohl Biermann § 879 Bem. 1, der im Zusammenhang mit § 879 II davon spricht, daß das Recht bereits vor seiner Entstehung "rangiere", somit anscheinend Rang bereits vor und ohne Recht für möglich hält.

319) Zu der hiervon zu unterscheidenden Frage, daß ein besonderer formeller Rang i.S.d. GBO-Vorschriften von reinen Grundbuchvermerken (also von anderen Eintragungen als beschränkten dinglichen Rechten) nicht anzuerkennen ist, noch weiter unten.

320) Andererseits gilt auch grundsätzlich die Umkehr dieser Aussage, d.h.: Kein Rang mit Recht, aber ohne Eintragung. Bei den eintragungsbedürftigen Belastungen gibt es grundsätzlich keinen Rang außerhalb des Grundbuchs, da sich wegen der formalen Rechtskraftwirkung der Eintragung materielle und formelle Seite stets decken müssen. Dazu später bei Behandlung der formellen Funktion des Rangs.

Zusammenhang mit der Eintragung (etwa Nichtbeachtung von §§ 17, 45 GBO) streng nach dem Kriterium der Eintragungsfolge bestimmt. Die übrigen Voraussetzungen, also auch das existierende Recht, sollen dadurch nicht ersetzt werden.

4. Diese Erkenntnis, daß der Rang nur in bezug auf bestehende echte Sachenrechte existieren kann und daß er seiner materiellen Funktion nach deren kollidierende Herrschaftsbefugnisse in geordnete Reihenfolge bringen soll, legt eine weitere Schlußfolgerung nahe: daß es sich bei ihm nämlich um einen besonderen dinglichen Rang handelt, der begrifflich vom Rang obligatorischer Rechte zu unterscheiden ist. Freilich wird das immer wieder heftig bestritten. Als erster hat sich Breit³²¹⁾ ausdrücklich und mit aller Entschiedenheit dafür eingesetzt, eine dinglichen und obligatorischen³²²⁾ Rechten gemeinsame Begriffsbestimmung des Rangs zu entwickeln. Dabei geht er von der vorangestellten Definition aus, daß der Rang die Reihenfolge der Verwirklichung der Rechte bestimme³²³⁾, was demnach für sämtliche Rechte gleichermaßen gelten müsse³²⁴⁾³²⁵⁾. Später schließen sich der Auffassung Breits weitere Autoren an³²⁶⁾. In ihrer Begründung folgen sie im wesentlichen ebenfalls Breit, indem sie schlicht die angeblich für alle Rechte geltende Begriffsbestimmung zugrundelegen, daß der Rang immer die Reihenfolge der Befriedigung festlege³²⁷⁾. Darüber hinaus wird auf die

321) S. 5 ff., 61 ff.

322) Beispiele für eine Rangordnung im Obligationenrecht sind etwa §§ 268 III 2, 367 I; 418 II; 519 II; 774 I 2; 776 S. 1 BGB; 60 f., 139 - 141 KO.

323) S. 4.

324) Im übrigen ist Breits einheitliches Rangverständnis wohl mit darauf zurückzuführen, daß er auch den Rang dinglicher Rechte nur als schuldrechtliche Erscheinung ansieht. Unter dieser Prämisse erscheint es selbstverständlich, keinen Unterschied zwischen dinglichen Rechten und Obligationen zu ziehen.

325) Vor Breit legt nur Crome I § 113 a beiläufig einen gleichartigen Rangbegriff zugrunde; ähnlich wohl auch v. Tuhr I 1 S. 236, wonach der Rang Analogon zu den Konkursprivilegien der Forderungen sei.

326) Expressis verbis Schmitten S. 7 ff.; Bock S. 26 ff. und passim; Grunsky S. 49. Burchard-de Boor S. 209 und Wieacker S. 116 u.a. lassen einen gemeinsamen Rangbegriff immerhin durchblicken.

327) Insbesondere Schmitten a.a.O.

gemeinsamen Rangklassenordnungen in Konkursordnung und Zwangsversteigerungsgesetz verwiesen³²⁸⁾. Überdies stützt man sich darauf, daß der Rang ja keine gesetzliche Folge der Dinglichkeit bilde und auch bei Forderungen ein gesetzliches (Rang-)Schuldverhältnis entstehe³²⁹⁾.

Dem kann jedoch nicht beigespflichtet werden. Die Verfechter dieser Auffassung übersehen, daß es sich beim Rang um ein vom Gesetzgeber jeweils aus bestimmten Zweckmäßigkeitsgründen zur Kollisionsregelung geschaffenes Institut handelt. Der Zweck aber muß bei den vervielfältigten und sich überschneidenden Herrschaftsbefugnissen dinglicher Rechte ein anderer sein als bei mehreren nebeneinander bestehenden obligatorischen Rechten. Das folgt bereits aus der unterschiedlichen zugrunde liegenden Interessenlage: Bei mehreren Forderungen gegen ein und denselben Schuldner können die verschiedenen Gläubiger zu ihrer Befriedigung auf dessen gesamtes Vermögen zurückgreifen; im Falle mehrerer dinglicher Rechte sind deren Inhaber demgegenüber von vornherein darauf beschränkt, sich zur Verwirklichung an das eine bestimmte, ihnen sachenrechtlich verhaftete Objekt zu halten. Im ersten Fall stehen sich lediglich die Interessen der verschiedenen Forderungsgläubiger an vorrangiger Befriedigung gegenüber; im zweiten Fall wird zusätzlich das Realkreditbedürfnis des Eigentümers stark betroffen, und ebenso spielen das Rechtssicherheitsinteresse des Realkreditverkehrs an deutlicher Erkennbarkeit des Rangs und nicht zuletzt das Interesse der Allgemeinheit an Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs eine wichtige Rolle.

Auch sonstige grundlegende Unterschiede dürfen nicht übersehen werden. Zwei und mehr echte beschränkte dingliche Rechte erhalten automatisch mit ihrer Entstehung einen bestimmten Rang. Demgegenüber muß bei Forderungsrechten meistens noch

328) Bock a.a.O.

329) Grunsky a.a.O.

irgendein Umstand hinzutreten, um sie in Rangfolge zu bringen (z.B. die Konkursöffnung nach § 61 KO). Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, hierbei handle es sich nur um eine verschiedenartige Ausgestaltung des Einzelfalles, nicht aber um prinzipielle Abweichungen³²⁹⁾. Denn diese Regelung bildet eine Folge der vom Gesetzgeber erkannten unterschiedlichen grundlegenden Interessenlagen, die es nur bei Sachenrechten im Interesse eines gedeihlichen Rechtsverkehrs verlangt, von vornherein eine bestimmte Rangordnung zu schaffen. Womit die Rechtsordnung auch den praktischen Bedürfnissen des Geschäftslebens Rechnung trägt, denn rein wirtschaftlich betrachtet ist der Rang im Sachenrecht ungleich wichtiger als im Obligationenrecht. Dementsprechend ist die Rangordnung bei dinglichen Rechten der Regelfall, während sie bei Forderungsrechten nur ausnahmsweise vorliegt.

Überdies ist auch der in §§ 879 III - 881 enthaltene Grundgedanke nur auf den speziellen dinglichen Rang angelegt. Nach diesen Vorschriften kann die Rangfolge kraft Rechtsgeschäfts nach dem Belieben der Beteiligten frei gestaltet werden. Wenn aber erst einmal, z.B. durch Konkursöffnung, im Schuldrecht eine Rangordnung kraft indispositiver gesetzlicher Anordnung eingetreten ist, läßt sich daran nichts mehr ändern. Insoweit fehlt es an entsprechenden Normen, die dem rechtsgeschäftlichen Willen Geltung verschaffen würden³³⁰⁾.

Breit und seinen Anhängern kann demnach nicht zugestimmt werden, selbst wenn man der Ansicht vom Wesen des Rangs als notwendige gesetzliche Folge der Dinglichkeit³³¹⁾ - woraus

329) Grunsky a.a.O.

330) Diese Ungereimtheit mit der abweichenden Ansicht muß selbst Breit, S. 9 f., zugestehen.

331) In dieser Richtung etwa Planck-Strecker Vorbem. 3 vor §§ 879 - 881.

sich dann auch automatisch die Anerkennung eines besonderen dinglichen Rangs ergäbe³³²⁾³³³⁾ - nicht folgt. Auch dann läßt sich nicht bestreiten, daß der Rang seine Abstammung letztlich doch der ausschließlichen Herrschaftsstellung als Inhaber eines absoluten Rechts verdankt³³⁴⁾. Speziell zur Regelung der Kollisionsproblematik bei echten beschränkten dinglichen Rechten wurde der Rang vom Gesetzgeber geschaffen, und a l l e i n zu diesem besonderen Zweck. Somit kann von einem einheitlichen Rangbegriff bei Forderungs- und Sachenrechten nicht die Rede sein. Vielmehr haben wir es mit einem besonderen dinglichen Recht zu tun³³⁵⁾.

-
- 332) So leitet etwa Westermann § 80 I 1, § 3 I 3 das Fehlen einer Rangordnung zwischen obligatorischen Rechten aus der mangelnden unmittelbaren Beziehung zur Sache ab, aus der der Rang als dingliche Zuordnungswirkung aber gerade folge.
- 333) Ebenso müßten konsequenterweise diejenigen zu dem gleichen Ergebnis (besonderer dinglicher Rangbegriff) gelangen, die den Rang als besonderes dingliches Recht bzw. Nebenrecht verstehen, so etwa Wege IherJb. 51, 44; Biermann § 880 Anm. 3. Desgleichen diejenigen Autoren, die den Rang als Verhältnis eines dinglichen Rechts zu anderen definieren, wie u.a. Wolff-Raiser § 42 vor I; Woldering (Diss.) S. 58. Nicht anders, wenn der Rang als sachenrechtliche Zurückdrängungsbefugnis gewertet wird, so Fuchs I § 879 Bem. 1 und § 880 Bem. 11 a.
- 334) Selbst Grunsky als Vertreter der Gegenansicht - auf S. 1 - 25 lehnt er eingehend die Auffassung vom Rang als gesetzlicher Folge der Dinglichkeit ab - muß das zugestehen (S. 25).
- 335) Ebenso Emmerich S. 74 Fußn. 2; Quassowsky § 6 Bem. I A, B; Schlegelberger-Harmening § 6 Bem. 8 f.; Westermann § 80 I 1, § 3 I 3; ders. (Schwerpunkte) § 14 I 1. - Der besondere dingliche Rang hat auch in einem älteren Nebengesetz Anerkennung gefunden, vgl. Breit S. 7. - Vielfach wird auch, mit der gleichen Tendenz, eine ausschließlich auf den Rang dinglicher Rechte bezogene Definition gegeben, so etwa Warneier-Buchwald § 879 Bem. I; Fuchs I § 879 Bem. 1. - Vgl. auch Mot. I S. 276 (dagegen freilich de Boor (Kollision) S. 18).

5. Aufgabe dieses besonderes dinglichen Rangs ist es, wie bereits mehrfach betont, eine bestimmte Gruppe von Kollisionen zu lösen. Er ist Mittel der Rechtsordnung, das Aufeinanderprallen der Herrschaftsbefugnisse dinglicher Rechte zu regeln. Damit ist erkannt, daß er auf die materielle Rechtslage einwirkt, indem er die Verwirklichung der materiellen subjektiven Rechte ordnet. Demnach handelt es sich bei ihm um ein materielles Rechtsinstitut, einen materiellen Rang.

Seine eingehende gesetzliche Ausgestaltung hat der Rang eingetragener dinglicher Rechte in den allgemeingültigen materiellrechtlichen Vorschriften der §§ 879 ff. gefunden. Demzufolge läge es nahe, sonstige, anders geartete Ränge nicht anzuerkennen. Die überwiegende Zahl der Stimmen in Rechtsprechung und Literatur folgt dem mitnichten. So wird vertreten, daß es neben dem bereits entwickelten materiellen Rang im Grundstückssachenrecht noch einen materiellen Rang im weiteren Sinne gebe³³⁶⁾, daß mehrere davon abweichende materielle Rangarten existieren³³⁷⁾, daß es darüber hinaus noch einen besonderen formellen Rang gebe³³⁸⁾.

Anknüpfungspunkt für die Erörterung dieses Problemkreises bildet § 45 GBO. Dort³³⁹⁾ ist vom "Rang der Eintragungen", nicht aber "der Rechte" die Rede. Aus der Fassung dieser Vorschrift wird die Schlußfolgerung gezogen, daß bewußt der Ausdruck "Eintragung" gewählt worden sei, um § 45 GBO einen weiteren Anwendungsbereich als § 879 zu geben, um einen Rangbegriff eigener Art zu begründen. Dadurch sollten gerade

336) Dafür etwa Schmitten S. 37 ff.

337) In dieser Richtung Guth S. 23.

338) Dahingehend u.a. KG HRR 1934 Nr. 199.

339) Ebenso in § 57 II d GBO; diese Vorschrift setzt Rangverhältnisse der Eintragungen i.S.d. § 45 voraus, steht mithin im inneren Zusammenhang mit jener Bestimmung und kann nicht anders ausgelegt werden.

nicht nur, wie in § 879, "Rechte" erfaßt werden³⁴⁰⁾, sondern auch "sonstige Eintragungen, insbesondere Vormerkungen und Verfügungsbeschränkungen"³⁴¹⁾. In dem somit gem. § 45 GBO allen Grundbucheintragungen gemeinsamen Rang wird dann das bloß zeitliche oder räumliche Nacheinander der erfolgten Eintragung gesehen, also etwas rein Formales ohne Rücksicht auf die mit dieser Reihenfolge verbundenen rechtlichen Wirkungen; womit die völlig h.M. beim besonderen formellen Rang bzw. Rangverhältnis angelangt ist³⁴²⁾³⁴³⁾.

Überdies wird aus § 45 III GBO gelegentlich auch noch ein eigenständiger "materieller Rang i.w.S." abgeleitet³⁴⁴⁾.

Nach § 45 III GBO finden die Vorschriften des § 45 I, II GBO über die Kenntlichmachung des formellen Rangverhältnisses insoweit keine Anwendung, "als ein Rangverhältnis nicht besteht". Diese Einschränkung wird als Bezugnahme auf andere, außerhalb der Grundbuchordnung bestehende Rangvorschriften verstanden³⁴⁵⁾. Denn falls ein materielles Rangverhältnis

-
- 340) So etwa Güthe-Triebel § 45 Rdn. 4; Achilles-Strecker (Grundbuchordnung) § 46 Bem. 4 GBO; Arnheim § 46 Bem. 3 b; Arnheim JW 1932, 2442; Schmitten S. 35 ff.; Guth S. 7; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 25; Predari § 46 Bem. 2; Schumacher S. 17 f.; Horber § 45 Bem. 3 Ba; Rosenberg Vorbem. I vor §§ 879 ff.; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 6. Für den Parallelfall des § 57 II d GBO dahingehend etwa KGJ 38, A 299 (301) m.w.N.
- 341) So die immer wieder herangezogene Bemerkung in der amtlichen Denkschrift zur GBO, GBO-Materialien S. 55; abgedruckt auch bei Hahn-Mugdan S. 167.
- 342) Dahingehend unterscheiden zwischen materiellem und formellem Rangverhältnis etwa: KG RJA 14, 68; KG JW 1932, 2441 ff.; KG JW 1933, 2708 f.; KG JW 1935, 2752 ff.; KG HRR 1934 Nr. 199; KG JFG 13, 114 (vgl. dazu auch Schumachers ausführliche Rechtsprechungsübersicht S. 22 - 27); Horber § 45 Bem. 3 Bb; Schmitten S. 34 ff.; Guth S. 20 ff.; Schumacher passim; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 6; Eickmann, in: Grundbuchrecht, § 45 GBO Rdn. 8; Kehrner-Bühler-Tröster § 2 B IV 1 a.
- 343) Die Terminologie ist in dieser Hinsicht uneinheitlich, vgl. Schumacher S. 17 Fußn. 4.
- 344) Guth S. 22 f.; Schmitten S. 37 ff.; auch Arnheim JW 1932, 2442 f. läßt das bereits durchblicken.
- 345) Guth S. 22; zustimmend Schmitten S. 37; ähnlich bereits Predari § 46 Bem. 5.

zwischen den beantragten Eintragungen nicht bestehe, sei auch die Verlautbarung mit Hilfe des formellen Rangverhältnisses sinnlos. Da aber unter "Eintragungen" nicht nur Rechte zu verstehen seien, ergebe sich aus § 45 III mittelbar, daß materielle Rangverhältnisse nicht nur bei Rechten untereinander, sondern auch bei anderen Eintragungen gegeben sein könnten. Dieser materielle Rang anderer Eintragungen stelle den - von dem bei echten Rechten vorliegenden Rang i.e.S. zu unterscheidenden - materiellen Rang i.w.S. das³⁴⁶⁾.

Die Argumentation zur Begründung des eigenständigen materiellen Rangs i.w.S. und des besonderen formellen Rangs stützt sich, ebenso wie die Ableitung der angeblich unbegrenzten Anzahl von materiellen Rangverhältnissen³⁴⁷⁾, gleichermaßen auf die angeblich bewußte Wahl des Ausdrucks "Eintragung" in § 45 GBO, womit gerade auch andere Erscheinungen als Rechte erfaßt würden. Mit dieser Überlegung steht und fällt die Begründung. Sofern es gelingt, sie zu erschüttern, ist damit auch widerlegt, daß im Grundstückssachenrecht noch weitere Rangarten neben dem bisher herausgearbeiteten materiellen Rang anzuerkennen sind.

Auf den ersten Blick findet die dargelegte Ansicht in der Tat eine Stütze in der bereits angeführten Bemerkung der Denkschrift zur GBO³⁴⁸⁾. Darin erschöpft sich aber auch

346) Nach Schmitten S. 37 ff. haben wir es also im Grundstücksrecht mit insgesamt drei Rangbegriffen zu tun; dem materiellen Rang i.e.S. zwischen Rechten; dem materiellen Rang i.w.S. zwischen Rechten und sonstigen Eintragungen; dem formellen Rang, der einheitlich der grundbuchmäßigen Verlautbarung der beiden ersten Rangarten diene.

347) Guth S. 22 f.

348) GBO-Materialien S. 55; Hahn-Mugdan S. 167, vgl. oben S. 118.

schon die in dieser Hinsicht verwertbare Begründungsmöglichkeit³⁴⁹⁾. Demgegenüber ergibt sich an anderer Stelle der Materialien im Zusammenhang mit § 49 des Entwurfs zur GBO³⁵⁰⁾, dem Vorläufer des heutigen § 45, kein Hinweis auf die bewußte Wortwahl "Eintragung" als allumfassenden Begriff. Obwohl das Gesetz dort ebenfalls, wie im späteren § 45, nur von "Eintragung" spricht, ist in der Begründung der Motive ausschließlich die Rede davon, § 49 betreffe den Rang "der einzutragenden Rechte".

Vor allem aber ziehen die Vertreter der Gegenansicht aus dem eigentlichen Sinn und Zweck von § 45 GBO nicht die naheliegende Schlußfolgerung, obwohl sie selbst immer wieder betonen, daß diese Vorschrift vom Gesetzgeber gerade deswegen eingeführt wurde, um die verfahrensrechtliche Voraussetzung für § 879 zu schaffen³⁵¹⁾. Das ist in der Tat der Fall, wie sich bereits aus den Materialien ergibt³⁵²⁾; dort wird ausgeführt, im Anschluß an § 879 obliege es der GBO, das diesbezügliche Eintragsverfahren zu ordnen³⁵³⁾. Dementsprechend ist § 45 GBO auch seiner äußeren Fassung nach dem

-
- 349) Soweit ersichtlich, wird denn auch nirgends ausdrücklich auf ein weiteres Indiz verwiesen. Meist wird ohne jegliche Begründung anscheinend als selbstverständlich davon ausgegangen; s. Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 25; Rosenberg Vorbem. I vor § 879; Fuchs I § 879 Bem. 8; Achilles-Strecker (Grundbuchordnung) § 46 Bem. 4; Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. III 2; Predari § 46 Erl. 2; Horber § 45 Bem. 3 B; Schumacher S. 17; Boehm § 45 GBO Bem. IV; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 6. Ausdrücklich allein auf die Bemerkung in der Denkschrift berufen sich Arnheim § 46 Rdn. 1 u. 3; Güthe-Triebebel § 45 Rdn. 4; Guth S. 7; Schmitten S. 35; Arnheim JW 1932, 2442.
- 350) Entwurf GBO S. 88 f.
- 351) In diesem Sinne etwa Achilles-Strecker (Grundbuchordnung) § 46 Bem. 1; Güthe-Triebebel § 45 Rdn. 2; Predari § 46 Bem. 1; Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. 1; Meikel-Imhof-Riedel § 45 Bem. 1; Horber § 45 Bem. 1; Baur § 17 B I 2.
- 352) GBO-Materialien S. 54.
- 353) Ebenso wird in den Materialien zum § 840 E. 1888 (heute § 879) darauf verwiesen, daß die GBO die formellen Voraussetzungen für diese materielle Rangregelung zu schaffen habe, so Fußn. 1 zu § 840 E. 1888 u. Mot. III S. 227.

§ 879 ganz ähnlich ausgestaltet; § 45 I GBO ist das Pendant zu § 879 I 1, beide haben für den Fall der Eintragung in derselben Abteilung den Grundsatz der Reihenfolge im Auge; § 45 II GBO liegt gleichermaßen wie § 879 I 2 das Datumsprinzip in verschiedenen Abteilungen zugrunde; ebenso wie § 879 III eröffnet § 45 III, 2. Altern. GBO die Möglichkeit, das Rangverhältnis rechtsgeschäftlich abweichend zu bestimmen; § 45 III 1. Altern. GBO läßt sich dergestalt verstehen, daß damit die in § 879 an den Anfang gesetzte, die Normanwendung bedingende Voraussetzung "Das Rangverhältnis" für die verfahrensrechtliche Seite wiederholt werden soll. Somit stimmt § 45 GBO dem äußeren Aufbau nach in allen Punkten mit § 879 überein. Die völlige äußerliche Entsprechung aber läßt auch Rückschlüsse auf den inneren Zusammenhang zu. Die verfahrensrechtliche Vorschrift der GBO dient letztlich nur der materiellen Regelung. Sie bestimmt, wie der Rang festzusetzen ist, während § 879 die Kriterien festlegt, wie der Rang dann tatsächlich aus dem Grundbuch zu entnehmen ist. Die §§ 45 GBO u. 879 BGB sind aufeinander abgestimmt. Die erste Vorschrift besagt, in welcher Reihenfolge die Rechte einzutragen sind, um den ihnen zustehenden Rang zu erhalten - letztere setzt fest, wie der Rang zu bestimmen ist, nachdem die Eintragung erfolgt ist. § 45 GBO soll die Herstellung des materiell richtigen Rangverhältnis im Grundbuch sicherstellen. Zur Vermeidung von Willkür des Grundbuchamtes setzt § 45 GBO fest, wie das Grundbuch fertigzustellen ist, während § 879 festlegt, wie das fertiggestellte Grundbuch zu lesen ist. - Nach alldem steht § 45 GBO im untrennbaren äußeren und inneren Zusammenhang mit § 879. Unter § 879 ist aber nach einhelliger Ansicht nur die Regelung des materiellen Rangs der echten beschränkten dinglichen Rechte, die das Grundstück belasten, zu verstehen³⁵⁴⁾. Demzufolge kann auch der von § 879 abhängige, nur auf dessen Konkretisierung angelegte § 45 GBO mit "Eintragung" ebenso nur die Eintragung der Rechte im Auge haben³⁵⁵⁾.

354) Statt vieler s. etwa Baur § 17 B II 4; Soergel-Baur § 879 Rdn. 1.

355) Im Ergebnis ebenso Breit S. 7.

Da sowohl § 879 als auch § 45 GBO sich gleichermaßen lediglich auf die Eintragung echter begrenzter Sachenrechte beziehen³⁵⁶⁾, kann aus § 45 GBO auch kein materieller Rang i.w.S.³⁵⁷⁾, der sonstigen Grundbuchvermerken wie etwa Verfügungsbeschränkungen und Widersprüchen anhaften soll³⁵⁸⁾, abgeleitet werden³⁵⁹⁾. Erst recht geht es nicht an, sonstige besondere materielle Ränge anzuerkennen, wie es ganz vereinzelt geschieht, wenn behauptet wird, daß die Zahl der materiellen Rangverhältnisse theoretisch unbegrenzt sei³⁶⁰⁾. Ebenso wenig kann ein besonderer formeller Rang anerkannt werden, der als allgemeine Grundbucherscheinung sowohl den echten beschränkten dinglichen Rechten als auch sämtlichen übrigen Grundbucheintragungen zu eigen sein soll. Letztere fallen ohnehin nicht unter den Rangbegriff in § 45 GBO. Bei den echten begrenzten Sachenrechten aber ist der sog. "formelle Rang" immer identisch mit dem materiellen Rang³⁶¹⁾, selbst bei Eintragung in der falschen Reihenfolge unter Verstoß gegen § 45 GBO³⁶²⁾. Denn durch den Grundsatz der formalen Rechtskraft der Rangeintragung³⁶³⁾ hat die formelle Eintragung materielle Auswirkung. Wenn sog. "formeller" und materieller Rang nicht auseinanderfallen können,

356) Wohl auch Schwarze § 46 Anm. 1, da er hervorhebt, daß die Bestimmung des § 46 GBO (heute § 45) "lediglich" eine Konsequenz des § 879 über das Rangverhältnis von "Rechten" sei.

357) Eine andere Unterscheidung zwischen materiellem Rang i.e.S. und i.w.S. wird von Koch (Diss.) S. 51 getroffen. Seine dahingehende Differenzierung zwischen "absolutem" und "relativem" Rang wurde bereits an anderer Stelle abgelehnt. Vgl. auch Bock S. 50 f.

358) Guth S. 22 f.; Schmitten S. 38.

359) Auch Schmitten S. 39 muß selbst zugeben, daß der materielle Rang i.w.S. zu Verwirrungen führt. Ähnliche Bedenken bei Guth S. 25.

360) Guth S. 23; freilich setzt er sich damit in Gegensatz zur gesamten Wissenschaft, die sich um die Erarbeitung eines allumfassenden einheitlichen Rangbegriffs bemüht. Nachfolger hat er denn auch nie gefunden. Ausdrücklich abgelehnt wird seine Auffassung von Schmitten S. 8.

361) Guth S. 24; Schumacher S. 18 f.

362) Statt aller vgl. etwa Planck-Strecker § 879 Bem. 5; Güthe-TriebeI § 45 Rdn. 39; Baur § 17 B I 2.

363) Dazu noch eingehend an anderer Stelle.

erscheint es aber überflüssig³⁶⁴⁾ und nur verwirrend, noch zusätzlich von einem besonderen formellen Rang zu sprechen.

Somit ist festzuhalten, daß wir es im Grundstückssachenrecht allein mit dem materiellen Rang der echten begrenzten Rechte zu tun haben³⁶⁵⁾³⁶⁶⁾³⁶⁷⁾.

Die besondere Ordnungsaufgabe des Rangs läßt sich nach den bisher dargelegten Überlegungen dergestalt umreißen:
Seinen Standort findet der Rang lediglich in der Kollisionsproblematik, die bei Zusammentreffen zweier oder mehrerer echter beschränkter dinglicher Rechte am selben Haftungsobjekt entsteht. Als vom Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen willkürlich geschaffenes und ausgestaltetes Rechtsinstitut bildet er das rechtstechnische Mittel zur Lösung bestehender Kollisionen bei Ausübung der Rechte; wobei die Kollisionen sich aus der Vervielfältigung und Überschneidung der verschiedenen Herrschaftsbefugnisse aus den begrenzten dinglichen Rechten ergeben.- Demgegenüber dient der Rang nicht der Regelung des Verhältnisses zwischen Grundstückseigentümer und Inhaber beschränkter Sachenrechte; ebenso wenig ist sein Sinn und Zweck darin zu sehen, die Beziehung rechtsähnlicher Erscheinungen im Grundstückssachenrecht (wie Vormerkung, Verfügungsbeschränkung, Widerspruch) zu den beschränkten dinglichen Rechten oder jeweils zueinander zu regeln.

364) Unter der Prämisse, daß § 45 GBO nur die dinglichen Rechte erfaßt, hielte es auch Guth für unmöglich, daß es jemals zur Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Rang gekommen wäre, vgl. S. 24.

365) Im Ergebnis wohl ebenso Breit S. 7.

366) Für einen rein materiellrechtlichen Rang hat sich auch Arnheim JW 1932, 2442 ausgesprochen, wobei er freilich ein weitreichendes Verständnis des materiellen Rangverhältnisses zugrunde legt.

367) Wenn unter § 45 GBO ebenso wie unter § 879 einheitlich nur materieller Rang der echten Belastungen zu verstehen ist, lösen sich auch viele Verwirrungen, die auf dem Boden der abweichenden Auffassungen entstehen. S. dazu Schumacher S. 19, 78 u. Guth S. 24 f.

Aus der Aufgabe, die Kollisionsproblematik zu lösen, folgt die Erkenntnis, daß ein Recht allein noch keinen Rang besitzt. Erst zwei und mehr Rechte erhalten automatisch mit ihrer Entstehung einen bestimmten Rang, da immer die Möglichkeit der Beeinträchtigung in der Verwirklichung besteht. Mithin kommt den Rechten bereits vor der Zwangsbefriedigung aus dem belasteten Grundstück Rang zu. Infolge seiner strengen Zweckgebundenheit kann der Rang nicht ohne Bezug auf ein Recht, losgelöst von ihm für sich selbst existieren. Wegen der besonderen Interessenlage bei den dinglichen Rechten kann ein einheitlicher Rangbegriff für Obligationen- und Sachenrecht nicht anerkannt werden. Im Grundstückssachenrecht gibt es nur einen Rang, den materiellen Rang der echten beschränkten dinglichen Rechte. Daneben besteht kein besonderer sonstiger materieller oder rein formeller Rang.

B. Die Wirkkraft des Rangs in Einzelbeziehungen und als Rückführung auf einen allgemeinen Grundsatz

Wurde bisher die materielle Funktion des Rangs zur Regelung der Kollisionslage bei der Verwirklichung der begrenzten Sachenrechte entwickelt, drängt sich als nächstes die Frage auf, auf welche Art und in welcher Ausgestaltung die Rechtsordnung dieser Aufgabe Rechnung trägt. Auskunft darüber gibt eine Untersuchung der Einzelwirkungen im Verhältnis zu den anderen beschränkten dinglichen Rechten, aber auch seiner Beziehung zum Eigentumsrecht.

Zum Verständnis der folgenden Erörterungen ist zunächst zweierlei allgemein zu den Wirkungen festzuhalten: Zum einen ist zu beachten, daß die Wirkkraft des Rangs, wie bereits mehrfach angeschnitten, sich in der Verwirklichung der Belastungen zeigt. Durch ihn wird die Reihenfolge der Befriedigung der Belastungsinhaber geregelt¹⁾. Seine Wirkungen entfalten sich allein bei der Ausübung der Rechte. Unter Ausübung ist dabei im allumfassenden Sinne die Gesamtheit der Verhaltensweisen zu verstehen, welche dem Inhalt des Rechts entsprechen²⁾. Diese sind je nach Beschaffenheit des Rechts in ihrer Art verschieden.

Zum anderen ist darauf aufzubauen, daß die Auswirkungen dinglicher Natur sein müssen. Mitunter wird das bestritten³⁾. Jedoch folgt der dingliche Charakter der Rangwirkungen⁴⁾ bereits zwingend daraus, daß es sich beim Rang der Sachenrechte,

1) S. etwa Friedrich (Diss.) S. 1; Staudinger-Scherübl § 1113 Vorbem. 65; Rosenberg S. 243; Bock S. 28; KG JFG 12, 290 (298); KG JW 1932, 2441. S. auch KGJ 34, A 240 (244).

2) So die allgemein anerkannte Begriffsbestimmung zu Wesen und Arten der Rechtsausübung, s. etwa v. Tuhr II 2 S. 545 ff.; Enneccerus-Nipperdey II § 239 I 1; eingehend Hirsch m.w.N. zu den älteren Definitionsversuchen auf S. 64 ff.

3) So von Breit in seiner Monographie, in der er den Rang durchgehend als rein schuldrechtliche Erscheinung behandelt.

4) S. etwa Erman-Westermann § 879 Rdn. 1.

wie bereits an anderer Stelle dargelegt, um ein besonderes, vom schuldrechtlichen Rang zu unterscheidendes, speziell den dinglichen Rechten anhaftendes Rechtsinstitut handelt. Dementsprechend liegt es nahe, daß auch die Wirkungen des Rangs grundsätzlich⁵⁾ dinglicher Natur sind, wenn durch ihn die kollidierende Ausübung der echten begrenzten Sachenrechte geregelt wird.

Erschwert wird die Untersuchung dadurch, daß es an einer allgemeingültigen direkten gesetzlichen Bestimmung für die Wirkkraft des Rangs fehlt. Die allgemeine gesetzliche Regelung des Rangs der eingetragenen Belastungen in § 879 ist wenig hilfreich. Aus ihr ist, jedenfalls allein, nicht zu entnehmen, wie sich der Rang anderen Rechten gegenüber entfaltet. Mangels einer umfassenden klaren Normierung bleibt nichts anderes übrig, als auf einzeln festgelegte Auswirkungen etwa in der Zwangsvollstreckung zurückzugreifen, um daraus allgemeine Regeln herzuleiten. Angesichts dessen ist es freilich auch nicht weiter verwunderlich, daß die Meinungen in Literatur und Rechtsprechung weit auseinandergehen, was die Austrahlung des Rangs anbelangt.

- I. 1. Die Wirkkraft des Rangs ist in jeder Hinsicht umstritten. Nicht nur, was das Verhältnis der beschränkten Rechte untereinander angeht, sondern auch bereits, was die Beziehung zum Vollrechtsinhaber anbelangt. Gelegentlich wird in dieser Hinsicht ausdrücklich hervorgehoben, daß der Eigentümer durch Bestellung eines vorrangigen beschränkten Rechts zugunsten des Vorrangberechtigten in der weiteren Verfügung über das Eigentum beschränkt sei⁶⁾. Ihm fehle insoweit die Verfügungs-

5) Freilich ist streitig, ob daneben bzw. infolge der Dinglichkeit ein besonderes gesetzliches Schuldverhältnis zwischen den Ranginhabern entsteht. Dazu noch später, S. 168 ff.

6) Hesse DFG 1938, 87. Vgl. auch RGZ 90, 233 (237), wonach dem Eigentümer nach Bestellung eines dinglichen Rechts nur noch freie Verfügung über "so vermindertes Recht" zustehe.

macht. Abzuleiten sei das aus dem allgemeinen sachenrechtlichen Grundsatz "nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet". Danach beherrsche ein einmal vorrangig bestelltes dingliches Recht allein den ihm nach seinem Inhalt zukommenden Rechtsraum, in den der Eigentümer nicht mehr eingreifen könne, auch nicht durch Bestellung eines nachrangigen Rechts. - Expressis verbis wird dieser von Hesse entwickelte Gedanke, soweit ersichtlich, von keinem anderen vertreten. Freilich schimmert diese Überlegung auch bei anderen Stimmen in Literatur und Rechtsprechung durch, wenn diese sich zur Erklärung der Entstehung beschränkter dinglicher Rechte auf die Eigentumssplittertheorie berufen⁷⁾ und, darauf aufbauend⁸⁾, das Rangverhältnis als notwendige gesetzliche Folge der Dinglichkeit auffassen⁹⁾: Zum einen folgt das daraus, daß ein Teil der angeführten Autoren ebenso wie Hesse den Satz "niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat" zur Begründung heranziehen¹⁰⁾. Zum anderen ist das zu erkennen, wenn man sich die Ausgestaltung der Eigentumssplittertheorie und des Rangs als gesetzliche Folge der Dinglichkeit vor Augen hält. Unter dieser Prämisse ist in der Tat davon auszugehen, daß jedem begrenzt Berechtigten an der Sache je nach seinem Rang ein eigenständiger, nur ihm zugewiesener, aus dem Eigentum qualitativ abgespaltenener besonderer Teil der Herrschaftsbefugnisse zugewiesen ist, der dem Eigentümer vollständig entzogen ist. Dann kann der einmal vorrangig vergebene Herrschaftsraum nicht noch einmal an einen nachrangig Berechtigten vergeben werden. Dazu würde es an der Übertragungsmacht des Eigentümers, mithin an der Verfügungsmacht fehlen. Somit müßten auch die Vertreter dieser Ansicht zum Ergebnis kommen, daß der Rang eines beschränkten Sachenrechts dem Grundstückseigentümer die Verfügungsmacht

-
- 7) Ausführliche Nachweise zu den Vertretern der Eigentumssplittertheorie s. o., insbes. S. 26 FuBn. 30.
 - 8) Zum Zusammenhang zwischen Eigentumssplittertheorie und Verständnis vom Rang als gesetzlicher Folge der Dinglichkeit vgl. Grunsky S. 2 ff.
 - 9) So die h.M., s. nur Planck-Strecker Vorbem. II 3 zum Sachenrecht und Vorbem. 3 vor §§ 879-881; ähnlich Heck S. 92; Bock S. 42 f. RG Gruchot 56, 995 (996). Vgl. auch Rahn BWNotZ 1958, 2: Nach Abspaltung des früheren beschränkten dinglichen Rechts aus dem Eigentum "kann fürderhin der Eigentümer nur noch über das durch den Abzug des älteren Rechts reduzierte Eigentum verfügen".
 - 10) Ähnlich weisen bereits Mot. III S. 225 zur Erklärung der Rangordnung auf diesen Satz der Rechtslogik hin.

nehme, das Eigentumsrecht noch einmal in der gleichen Weise zu verwerten wie bei der Bestellung des erstrangigen Rechts.

Daß der Eigentumssplittertheorie, der letztlich auch Hesse selbst verhaftet ist¹¹⁾, nach der Ausgestaltung unserer Sachenrechtsordnung jedoch nicht gefolgt werden kann, wurde bereits an anderer Stelle eingehend aufgezeigt¹²⁾. Vielmehr werden bei Bestellung begrenzter Sachenrechte die aus ihnen fließenden Herrschaftsbefugnisse nicht nur jeweils einmal vergeben, sondern vervielfältigt. Mithin kann es nicht angehen, im Rang eine Verfügungsbeschränkung des Eigentümers zugunsten des Vorrangberechtigten zu sehen. Der Inhaber des Mutterrechts ist trotz Bestellung eines erstrangigen Rechts auch weiterhin in der Lage, weitere beschränkte Rechte mit den gleichen - nicht etwa qualitativ verschiedenen - Herrschaftsbefugnissen zu bestellen, die sich dann mit denen des Erstberechtigten überlappen.

Überdies legt Hesses Auffassung es nahe, das Verhältnis des Vorrangigen zu den Nachrangigen rechtssystematisch unter die relative Unwirksamkeit fallen zu lassen¹³⁾; denn sofern der Eigentümer dem Nachstehenden gegenüber nicht vollwirksam berechtigt ist, kann auch der Nachstehende - der sein Recht ja aus der Übertragung durch den Eigentümer ableitet - dem Vorrangigen gegenüber erst recht nicht voll wirksam berechtigt sein. Das Rangverhältnis bildet aber gerade ein anderes, zu unterscheidendes Mittel zur Behebung der Kollisionsproblematik als die relative Unwirksamkeit.

11) Sollte daran trotz seiner Ausführungen in DFG 1938, 87 und dem dort gelieferten Bekenntnis, der Rang sei "eben als Folge der Dinglichkeit" zu verstehen, noch gezweifelt werden, so tritt Hesse an anderer Stelle noch deutlicher für die Eigentumssplittertheorie ein, wenn er die Belastungen auffaßt als "Aufopferung eines Teils ihrer (der Eigentumsrechte) Substanz" (Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1).

12) S. 31-54.

13) Hesse DFG 1938, 87 behandelt denn auch in der Tat die Frage der Verfügungsbeschränkung des Eigentümers im Zusammenhang mit der Entwicklung der relativen Unwirksamkeit in der Rangordnung der verschiedenen beschränkt Berechtigten.

Demnach wirkt sich der Rang nicht als Verfügungsbeschränkung des Mutterrechts aus. Insoweit äußert der Rang dem Eigentümer gegenüber keinerlei Wirkung.

2. Demgegenüber würde in anderer Beziehung der Rang doch auf das Eigentumsrecht Einfluß nehmen, wenn nämlich die Wertparzellentheorie bzw. Wertteilstheorie¹⁴⁾ in unser Grundstücksrecht Einlaß gefunden hätte. Auf ihrer Basis wäre einem begrenzten dinglichen Recht von vornherein nur ein bestimmter, vom jeweiligen Rang abhängiger Teil der Sache rechtlich verhaftet. Diese Vorstellung baut darauf auf, daß ein Grundstück mit mehreren Rechten dergestalt belastet werde, daß jedem der Rechtsinhaber nicht der Pfandgegenstand selbst, sondern lediglich eine gewisse Wertparzelle hafte, die durch den Rang bedingt sei. Danach ergäbe der Rang erst den Gegenstand des Rechts, d.h. eine Hypothek mit einem anderen Rang wäre eine Hypothek am anderen Objekt. Insofern würde der Rang den Gegenstand der Belastung begrenzen, mithin dem Eigentümer jeweils eine verschiedenartige Beschränkung in seinem Herrschaftsraum auferlegen.

Ob jedem beschränkt Berechtigten, gleichgültig welcher Rang ihm zukommt, das ganze Grundstück haftet, oder ob er lediglich auf die seinem Rang entsprechende Teilherrschaft verwiesen ist, darüber gehen die Meinungen in der Wissenschaft weit auseinander. Im wesentlichen lassen sich drei Grundströmungen erkennen: a) Geltung der Wertparzellentheorie i.V.m. dem Prinzip der festen Rangstellen¹⁵⁾; b) Ablehnung der Wertparzellentheorie, hingegen doch Zugrundelegung des Systems der starren Rangordnung¹⁶⁾; c) Ablehnung sowohl der

14) Die Terminologie in dieser Hinsicht ist uneinheitlich, beide Begriffe werden alternierend synonym verwendet, vgl. etwa Staudinger-Scherübl § 1177 Rdn. 5.

15) So insbesondere Oberneck II § 114.

16) In diesem Sinne etwa Güthe-Triebl II S. 1785 f., 1890.

Wertteilstheorie als auch des Grundsatzes der unbeweglichen Ränge, d.h. Haftung stets des gesamten Grundstücks bei prinzipiellem Nachrücken der Rechte¹⁷⁾.

Ihren entschiedensten Verfechter hat die erste Auffassung in Oberneck¹⁸⁾ gefunden. Er geht davon aus, daß sich im System des Grundstücksrechts das Prinzip des festen Rangs, der festen Rangstellen niedergeschlagen habe. Aus der Gebundenheit der Grundstücksbelastung an den bestimmten festen Rang folge ohne weiteres, daß dem Gläubiger nur dem Rang entsprechende Wertteile zur Befriedigung dienen könnten. Der Wert des ganzen Grundstücks hafte nicht, vielmehr sei die Liquidationsbefugnis des Hypothekengläubigers von vornherein auf eine bestimmte Wertquote angewiesen. Ihre Stütze finde seine Auffassung neben dem System des festen Rangs auch in den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes über das geringste Gebot und über die Rangordnung, in welcher die Realrechte zur Hebung gelangen. Überdies sei seine Konstruktion begründet "in der Natur der Bildung einer selbständigen Vermögensmasse durch Schaffung einer Grundstücksbelastung". Schließlich gehe auch der Wille der Parteien bei Bestellung eines Grundpfandrechts dahin, eine durch den Rang genau bestimmte Wertquote als zur Befriedigung dienendes Aneignungsobjekt zugewiesen zu bekommen.

17) So die h.M., statt vieler s. in dieser Richtung nur Mot. III S. 736 f.; Wolff-Raiser S. 610; Eck S. 309 ff.; Galewski S. 12 f.

18) Reichsgrundbuchrecht II S. 6 - 23; Gruchot 47, 306 ff.; 50, 551 ff.; ZDNotV 1907, 464 ff.; ZHR 60, 546 ff.; 71, 564 ff.

Von den anderen Vertretern der Wertparzellentheorie¹⁹⁾ wird zusätzlich noch darauf hingewiesen, daß die Grundpfandrechte ja auf eine bestimmte Geldsumme lauten, andernfalls die Konstruktion des Eigentümergrundpfandrechts kaum zu erklären sei und die Wertteilshaftung zudem der natürlichen Auffassung entspreche²⁰⁾.

Den Verfechtern der Wertteilstheorie ist zuzugeben, daß ihre rechtsdogmatische Konstruktion immerhin denkbar ist. Das zeigt sich schon daran, daß sie im Anschluß an germanische Rechtsgedanken (freilich im Gegensatz zum römischen System²¹⁾) in früheren deutschen Länderprivatrechtsordnungen Niederschlag fand²²⁾ und auch in verschiedenen ausländischen Rechtskreisen zum Durchbruch gelangt ist²³⁾. Im geltenden

-
- 19) Wieacker S. 186 f., 194; im Ergebnis ähnlich Bruck S. 130 ff. - Auch nach Prot. III S. 622 ist § 1062 des E. 1888 (Vorläufer des im Wortlaut leicht abgewandelten § 1113) die Wertteilshaftung zugrunde gelegt. - Ebenso kommt bei den Anhängern der Ansicht von den offenen Rangstellen bei § 881 bzw. vom Rangvorbehalt als vorbehaltenem Teil des Eigentums (Nachweise dazu bei Jansen AcP 152, 509 ff.) die Wertparzellentheorie zum Ausdruck, vgl. Galewski S. 11 ff., 20. - Weitere Stimmen für die Wertparzellentheorie bei den Beratungen zum Entwurf des BGB in: Zusammenstellung S. 328 ff. - Zahlreiche Nachweise zur älteren Literatur bei Hirsch S. 417 u. Dümchen IherJb. 54, 411 Fußn. 8. - Für formal-juristische Ablehnung der Wertparzellentheorie, aber immerhin wirtschaftliche Anerkennung: Rüdiger S. 2. Ähnlich soll nach Fuchs I S. 520 ff. die Wertteilstheorie nicht rechtlich, aber doch faktisch anzuerkennen sein.
- 20) Wieacker S. 186 f.; gegen ihn spricht freilich bereits, daß er unverständlicherweise bei Fahrnispfandrechten anders entscheiden will; zudem muß er selbst eingestehen, daß die möglichen Ausnahmen vom Grundsatz der Eigentümerhypothek gegen die Wertparzellentheorie ins Feld zu führen sind.
- 21) Vgl. Wieacker S. 194, Oberneck II S. 9.
- 22) Dazu ausführlich Bruck S. 14 ff., mit zahlreichen Nachweisen. Vgl. auch Wieacker S. 194.
- 23) Namentlich im Schweizer ZGB Art. 813, 814 (freilich streitig, vgl. Rohlfing S. 822, Predari (Rechtsvergl. HWB) S. 707 f.; Schumacher S. 59 Fußn. 1 m.w.N.) und in der österreichischen Teilnovelle III zum ABGB §§ 33 - 41 (vgl. Wolff-Raiser § 143 Fußn. 3 m.w.N.).

Sachenrecht muß sie jedoch abgelehnt werden. Dazu braucht noch nicht einmal auf die oben dargelegten Argumente der Gegenansicht im einzelnen eingegangen zu werden. Jedenfalls scheitert sie schon daran, daß bei Bestellung eines dinglichen Rechts die Herrschaftsbefugnisse vervielfältigt werden, mithin allen Berechtigten die gleichen Befugnisse zustehen. Damit ist es aber unvereinbar, die Haftung als wesentlichen Ausfluß der Herrschaftsbefugnisse von vornherein nur auf einen bestimmten, eigenständigen, je nach Rang verschiedenen Bereich zu beschränken, denn das würde dazu führen, daß die Herrschaftsbefugnisse insoweit gerade nicht vervielfältigt wären und sich nicht überschneiden würden, sondern auf einen jeweils eigenständigen Teil angewiesen wären. Dem könnte aber nur unter Geltung der Eigentumssplittentheorie gefolgt werden. Würde man sich jener Konstruktion zur Erklärung der beschränkten dinglichen Rechte anschließen, so wäre denkbar, ja naheliegend²⁴⁾, die Haftung nur auf einen durch den Rang bedingten Teil zu begrenzen: Denn unter ihrer Prämisse bekäme jedes beschränkte Recht einen eigenen, qualitativ verschiedenen, abgespaltenen verselbständigten Teilbereich aus dem Eigentum zugewiesen; dann aber könnten sich die Herrschaftsbefugnisse, was die Haftung anbelangt, auch nur auf einen Teil erstrecken. Insoweit könnte dann konsequenterweise nur ein Splitter der Pfandsache verhaftet sein, nicht aber das gesamte Grundstück.

24) Freilich wird diese Konsequenz, soweit ersichtlich, von keinem Vertreter der Eigentumssplittentheorie gezogen. Der Zusammenhang zwischen dieser Theorie und der Wertparzellentheorie scheint bisher nicht erkannt worden zu sein. Lediglich bei Oberneck II S. 7 deutet sich an, daß die Wertparzellentheorie auf dem Gedanken der Eigentumssplitter aufbaut; zur Begründung seiner Auffassung betont er u.a., daß das dem Eigentumsrecht innewohnende Verwertungsrecht die Befugnis gewähre, den Eigentumsgegenstand "in verschiedene selbständige Teile zu zerlegen und auf diese Weise gesonderte Vermögensmassen zu schaffen". Aus dieser Natur der Bildung einer selbständigen Vermögensmasse folge dann die Beschränkung des Grundpfandgläubigers auf den jeweiligen Wert und dessen Rang.

Eigenständige Teilherrschaft würde eigenständige Teilbelastung bedingen.

Daß die Eigentumssplittertheorie, mit der die Wertparzellen-theorie als Ausdruck der Teilbereichsherrschaft einherginge, sich im geltenden Sachenrecht aber nicht niedergeschlagen hat, wurde bereits eingehend aufgezeigt²⁵⁾. Vor die Wahl gestellt: Teilherrschaft und Teilhaftung einerseits, Ver-vielfältigung der Herrschaftsbefugnisse und Gesamthaftung andererseits, hat sich der Gesetzgeber für die zweite Alternative entschieden.

Daneben lassen sich auch noch eine Reihe anderer Gründe gegen die Wertparzellentheorie ins Feld führen: Insbesondere ist darauf zu verweisen, daß nach ihr das Grundpfandrecht überhaupt nicht mehr auf dem Grundstück als auf einem körperlichen Gegenstand lasten würde, sondern auf einem gedachten Objekt, einem Wertteil; womit es überhaupt kein Recht an einer Sache mehr wäre²⁶⁾. Das aber kann nach dem System des Sachenrechts nicht angehen. Der Wert ist überhaupt lediglich ein wirtschaftlicher Begriff, der dem geltenden Sachenrecht als Rechtsobjekt unbekannt ist²⁷⁾. Vielmehr ist im BGB die Bestellung von Grundpfandrechten durchgehend als Belastung des G r u n d s t ü c k s , und zwar des g e s a m t e n ausgestaltet. Nach der Struktur des Liegen-schaftsrechts haftet jedem Pfandgläubiger die ganze Pfand-sache, das ganze Grundstück²⁸⁾. Nur in diesem Sinne ist es zu verstehen, wenn in §§ 1113 I, 1191 (vgl. auch §§ 1018, 1090 I, 1094 I, 1105 I) dem Eigentümer die Möglichkeit ver-

25) S. o. S. 31-54.

26) Eck S. 310.

27) Vgl. Hirsch S. 415.

28) So etwa Mot. III S. 204; Galewski S. 12; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1; Staudinger-Scherübl § 1177 Rdn. 5; Dernburg S. 690; Kindel S. 77 f.; Endemann S. 736 Fußn. 7; RGZ 60, 251 (254).

schaft wird, sein Rechtsgut durch "Belastung des Grundstücks" zu verwerten. Auch in §§ 93, 1120, 1132 I, 1210, 1212, 1222, 1273 II kommt der allgemeine, sich an das Römische Recht anschließende²⁹⁾, Rechtsgedanke der Pfandunteilbarkeit, bzw. der Ungetheiltheit der Pfandhaftung zum Ausdruck³⁰⁾; danach ist eine Beschränkung der Belastung auf Teilstücke ausgeschlossen. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß eine - in manchen früheren deutschen Länderprivatrechten ausdrücklich konzipierte³¹⁾ - Vorschrift fehlt, wonach expressis verbis die ganze Pfandsache haftet. Zwar war auch im Entwurf 1888 mit § 1071 I, erste Alternative eine derartige Regelung vorgesehen; jedoch darf aus ihrem Fehlen in der endgültigen Fassung des BGB nicht der Umkehrschluß gezogen werden, daß damit gerade nicht das Grundstück insgesamt von der Belastung ergriffen sei. Denn in der weiteren Beratung billigte die Kommission mit Nachdruck den § 1071 seinem gesamten sachlichen Inhalt nach; wenn gleichwohl der erste Teil gestrichen wurde, dann nur deshalb, weil er bereits aus anderen Vorschriften folge³²⁾.

Ferner vermag die Wertparzellentheorie nicht zu erklären, wie es möglich sein kann, ein Grundstück auch über seinen Wert hinaus zu belasten (eine rechtliche Schranke besteht insoweit nicht, da das geltende Sachenrecht keine Wertgrenze kennt³³⁾). Worauf soll dann eine weitere Belastung beruhen, wenn doch gar keine Wertquote mehr frei ist, da der Wert bereits erschöpft ist³⁴⁾?

29) Vgl. Mugdan III S. 373 mit Nachweisen aus den Digesten.

30) Vgl. Hirsch S. 414 m.w.N.

31) Vgl. etwa § 30 pr. Eigentumserwerbsgesetz von 1872; § 373 Sächs.BGB; § 33 Bayr.Hypothekengesetz.

32) Mugdan III S. 812.

33) S. die Ausführungen dazu in der Einleitung, S. 7 f.

34) Darauf stellen u.a. ab: Dernburg a.a.O.; Eck S. 310; Biermann § 1163 Bem. 8 b; Güthe ZDNotV 6, 733 f.; Hirschfeld S. 31; Predari ZBlFG 5, 509 f.

Auch das Schutzbedürfnis des Vorrangsinhabers, das dahin geht, möglichst stark gegen die Nachstehenden abgesichert zu sein, ist nicht darauf gerichtet, dem Nachrangigen nur einen Teil haften zu lassen. Durch Deckungs- und Übernahmeprinzip und rangabhängige Erlösverteilung ist dem Schutzbedürfnis des Vorstehenden Genüge getan.

Darüber hinaus müßte die Wertparzellentheorie dazu führen, jedem - auch dem einzelnen - Recht automatisch einen bestimmten Rang zukommen zu lassen, da von vornherein ipso iure eine bestimmte rangabhängige Wertquote belastet wäre. Daß diese Konsequenz nicht gezogen werden darf, wurde bereits dargelegt. Ein Recht allein besitzt keinen Rang.

Schließlich verwechselt die Gegenmeinung Rechts i n h a l t und Rechts o b j e k t ³⁵⁾. Die Pfandrechte sind als Verwertungsrechte ihrem Inhalt nach auf einen bestimmten Geldwert aus dem Grundstück gerichtet. Das darf aber nicht zu dem Trugschluß führen, daß auch nur eine Wertquote hafte, daß also auch der verhaftete Gegenstand nur ein Wertteil sei.

Nach alldem kann der Wertparzellentheorie, die auch bereits in den Materialien wiederholt abgelehnt wurde ³⁶⁾, nicht zugestimmt werden ³⁷⁾. Den Hypothekengläubigern haftet nicht

35) Vgl. Hirschfeld S. 31 f.; vgl. auch O.v.Gierke II S. 857 f.

36) Mot. III S. 204, 231, 603, 668, 724, 729, 736 f.

37) Im Ergebnis ebenso: Mot. a.a.O.; RGZ 60, 251 (254); Fuchs I S. 520 ff.; Eck S. 310 f.; Kindel S. 77 f.; Hirsch S. 414 f.; Endemann S. 736 FuBn. 7; Goldmann-Lilienthal § 73 I; Hirsch ArchBürgR 25, 232 f.; Horn S. 68; O.v. Gierke II S. 857 f.; Dernburg S. 690; Koch (Diss.) S. 37 f.; Galewski S. 12 f. u. 23; Breit S. 53; Nußbaum S. 60; Jaechel Gruchot 50, 603; Güthe ZDNotV 6. 733 f.; Fuoss IherJb. 51, 473 f.; Ahstahs IherJb. 50, 468 f.; Dümcken IherJb. 54, 410 ff.; Hirschfeld S. 31; Predari S. 139; Predari ZBlFG 5, 509 f.; Biermann § 1163 Bem. 8 b; Güthe-Triebel II S. 1785 f.; Staudinger-Seuffert § 879 Rdn. 1; Staudinger-Schermöbl § 1177 Rdn. 1; Wolff-Raiser S. 610 u. S. 593 FuBn. 8; Sottung S. 46 ff.; Bock S. 56; Planck-Streicher Vorbem. 3 vor § 879 u. Vorbem. 2 a vor § 1113; RGRK-Pritsch § 879 Anm. 3; Straus S. 9; Wagner S. 10; Woldering S. 28; Scheuerer S. 17; RGZ 65, 260 (263 f.). Weitere Nachweise zur älteren Literatur bei Hirsch S. 417.

bloß ein nach Maßgabe der vorrangigen Belastungen zu ermittelnder Wertteil, sondern das Grundstück insgesamt. Die Sache wird, unabhängig vom jeweiligen Rang, von jedem Pfandrecht in ihrer Totalität ergriffen. Mithin begrenzt der Rang nicht den Gegenstand der Belastung. Ein Pfandrecht mit einem anderen Rang stellt kein Pfandrecht an einem anderen Objekt dar.

3. Wenn auch die Wertteilstheorie damit als abgelehnt angesehen werden muß, bleibt in diesem Zusammenhang weiterhin fraglich, ob gleichwohl die Rangordnung nach dem System der festen, freien Stellen aufgebaut ist. Sollte das der Fall sein, würde bei Untergang einer Belastung dieser Vorteil nicht dem Nachstehenden zugute kommen. Er könnte nicht aufrücken, vielmehr fiel die damit freigewordene Rangposition automatisch dem Eigentümer zu.

Die h.M. zieht nun eine untrennbare Verbindung zwischen der Wertteilstheorie und dem System der festen, unbeweglichen Rangordnung mit offenen, unbelasteten Stellen: Gelte die Wertteilstheorie, dann gestalte sich auch die Rangordnung fest. Und umgekehrt: Hafte das ganze Grundstück, dann müsse sich auch die Rangordnung beweglich gestalten³⁸⁾. Immerhin geht eine Mindermeinung³⁹⁾ demgegenüber davon aus, daß zwar die Wertparzellentheorie abzulehnen sei, aber gleichwohl das System des festen, offenen Rangs in das Liegenschaftsrecht Einlaß gefunden habe.

38) Statt vieler s. nur Wolff-Raiser § 143 II u. § 147 I 2; Oberneck II S. 6 ff.; Mot. III S. 231, 729, 736 f.; Planck-Strecker Vorbem. 2 e vor § 1113; Fuchs I S. 522; Galewski S. 12 f.; Predari S. 139; Jaeckel Gruchot 50, 603; Eck S. 311; Kindel S. 77; Sottung S. 46 ff.; Teichmann S. 25 (s. auch S. 6 ff.); vgl. auch Exner S. 464 f. und Horn S. 57.

39) Güthe-Triebel II S. 1785 f., 1890; Güthe ZDNotV 1906, 734; Staub S. 413 f.; Endemann § 116 Nr. 1 u. S. 736 Fußn. 7; vgl. auch O.v.Gierke (Entwurf) S. 376 ff.; vgl. auch Zusammenstellung S. 330 ff.; vgl. auch Deybeck Gruchot 34, 371 ff. Wenigstens wirtschaftlich für feste Stellen trotz Ablehnung der Wertparzellentheorie z.B. Wolff-Raiser S. 593 i.V.m. Fußn. 8. Vgl. auch Koch (Diss.) S. 38 und Daus Gruchot 35, 57 f.

Die Konstruktion der unbeweglichen Rangordnung wird insbesondere darauf gestützt, daß sich diese Rangstruktur geschichtlich aus eingewurzelten germanischen Rechtstraditionen⁴⁰⁾ entwickelt habe. Diese hätten sich, nach anfänglichem Einschwenken auf die gegensätzlichen römisch-rechtlichen Grundsätze im ersten Entwurf, schließlich doch in der zweiten Kommission zur Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchgesetzt⁴¹⁾. Das zeige sich in der theoretischen Grundlage dieses Systems, das in zerstreuten Einzelbestimmungen des Liegenschaftsrechts zum Ausdruck gelange. Namentlich in der Ausgestaltung der Vorrangseinräumung nach § 880, des Rangvorbehalts in § 881⁴²⁾ und der allgemeinen Regel des § 889. Vor allem aber durch die Schaffung des Eigentümergrundpfandrechts in §§ 1163 I 1, 2, u. II; 1168, 1170, 1171 BGB; §§ 868 I, II, 932 II ZPO werde das Nachrücken der Gläubiger in allen erdenklichen Fällen ausgeschlossen⁴³⁾⁴⁴⁾. Ebenso komme die Konstruktion der unbeweglichen Rangordnung in der Wirkung der Eigentümerhypothek im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren zum Ausdruck⁴⁵⁾. Dem stehe nicht entgegen, daß das Gesetz in §§ 1173 I 1 HS 2; 1174 I HS 2; 1175 I 2; 1175 II; 1181 I, II; 1179 Durchbrechungen zulasse. Dabei handele es sich gerade um gesetzliche

40) S. dazu Oberneck II S. 8-13; Galewski S. 12 f.; O.v.Gierke II S. 858 Fußn. 27; Mot. III S. 736; Koch (Diss.) S. 15, 36.

41) Oberneck II S. 13.

42) Oberneck II S. 14 f.

43) Oberneck II S. 14, 16 ff.; Güthe ZDNotV 1906, 733; Güthe-Triebe II S. 1785 f.

44) Zur Entstehungsgeschichte vgl. auch O.v.Gierke (Entwurf) S. 376-378. Er hielt die "Eigentümerhypothek" für nichts anderes als einen kunstvoll verhüllten Stellenvorbehalt, wie er sich in manchen Länderprivatrechten früher bewährt habe, und sprach sich für konsequentere Durchführung des Systems der festen, freien Stellen aus. Weitere Stellungnahmen dazu in den Beratungen des BGB in: Zusammenstellung S. 328 ff.

45) Oberneck II S. 18.

Ausnahmen dieses Grundsatzes⁴⁶⁾, der im übrigen aus dem wirtschaftlichen Gedanken der Selbständigkeit der Nutzungs- und Verwertungsrechte herzuleiten sei⁴⁷⁾ und auch der Verkehrsauffassung Rechnung trage⁴⁸⁾.

Es liegt nahe, mit der h.M. die Konstruktion der festen Ränge nur dann für denkbar zu halten, wenn man auch die bereits abgelehnte Wertteilstheorie zugrunde legt⁴⁹⁾. Aber selbst wenn man keine derartige Verbindung zieht, kann der Vorstellung von festen Rangstellen⁵⁰⁾ nicht beigespflichtet werden. Das BGB ist der römisch-rechtlichen Tradition gefolgt, wonach bei Wegfall eines Vorrechts die Nachrechte automatisch aufrücken⁵¹⁾. Hätte der Gesetzgeber das gegenläufige System angestrebt, hätte er wohl eine deutliche Regelung expressis verbis in das Liegenschaftsrecht einge-

46) Güthe-TriebeI II a.a.O.; Güthe ZDNotV 1906; Oberneck II S. 16 f.

47) Oberneck II S. 8

48) Oberneck II S. 18 f.

49) Sofern sich die Haftung auf das ganze Grundstück erstreckt, erklärt sich das Nachrücken zwanglos als Fortfall einer Hemmung des Nachstehenden in seinen stets auf die gesamte Pfandsache gerichteten Befugnissen. Zudem wird über das erwähnte Dogma der Pfandunteilbarkeit eine Verbindung zwischen Haftung des ganzen Grundstücks und beweglicher Rangfolge hergestellt. Wenn demgegenüber von vornherein für jeden Grundpfandgläubiger nur eine bestimmte Wertparzelle verhaftet ist, muß zugleich auch das Nachrücken stets ausgeschlossen sein. Denn der feststehende Wertteil ist dann begrifflich für alle Zeiten unabänderlich, kann mithin auch nicht aufrücken.

50) Güthe ZDNotV 1906, 731 ff.; Güthe (Grundlagen) S. 93; Güthe-TriebeI II S. 1785 F.; Oberneck II S. 6 ff. und in den oben angeführten Fundstellen zur Begründung der Wertparzellentheorie; Wege IherJb. 51, 65 f.; Endemann S.754. - Bei den Beratungen zum BGB für feste Rangstellen auch die Autoren in: Zusammenstellung S. 328 ff. - De lege ferenda für feste Ränge auch Kreller DRW 1942, 82 ff., mit zahlreichen weiteren Nachweisen, auch rechtsvergleichend.

51) Vgl. dazu etwa Heck S. 94; Horn S. 58; Güthe (Grundlagen) S. 75.

führt, wie es etwa in §§ 813, 814, 863 Schweiz. ZGB⁵²⁾ und für das deutsche Recht in § 57 III SchiffsRG⁵³⁾ geschehen ist. In den Materialien ist demgegenüber an zahlreichen Stellen sowohl in den Motiven als auch in den Protokollen mit Nachdruck darauf verwiesen worden, daß das Sachenrecht gerade nicht auf dem Gedanken der festen, offenen, unbelasteten Rangstellen aufbaut⁵⁴⁾. Ja man meinte, das Auf-rücken folge bereits aus dem Begriff der Hypothek und sei daher selbstverständlich; demzufolge wurde auf die in § 1102 E. 1888 vorgesehene ausdrückliche Regelung des Nach-rückens verzichtet, da sie entbehrlich sei⁵⁵⁾.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß demgegenüber aber doch die Möglichkeit geschaffen wurde, eigene Rechte an der Sache zu bestellen (nach § 889 und im Wege des Eigentümergrundpfandrechts gem. §§ 1196, 1163 I 1, II; 418 I 2; 1143; 1163 I 2; 1168; 1170; 1171; 1172; 1173; 1175 BGB und §§ 868; 932 ZPO). Auf Grundlage der eindeutigen Stellungnahme der Beratungsteilnehmer gegen das System des festen Rangs⁵⁶⁾ muß es als gesetzlich anerkannter Ausnahmefall gewertet werden, wenn die Entstehung eigener Rechte an der Sache erlaubt wird. Im Ergebnis wird damit die Rangwahrung für den Eigentümer erreicht und dadurch das Aufrücken nachstehender beschränkt Berechtigter verhindert. Aber es wird auch nur im Ergebnis die Möglichkeit der unbeweglichen Rangfolge herbeigeführt. Der Grundsatz des Vorrückens wird nicht durchbrochen, sondern nur umgangen, zumal das Eigentümergrundpfandrecht ausdrücklich als etwas anderes als das Prinzip der festen, of-

52) Vgl. dazu Blomeyer DRW 1941, 223. Auch in der österreichischen Teilnovelle III zum ABGB kommt die Vorstellung von festen, freien Rangstellen zum Ausdruck, vgl. etwa Wolff-Raiser S. 592 Fußn. 3 m.w.N. Zu sonstigen rechtsvergleichenden Hinweisen Blomeyer DRW 1941, 231 f.

53) Diese Sondervorschrift über Schiffspfandrechte hat sich entstehungsgeschichtlich aus dem Prinzip der festen, offenhaltbaren Rangstellen entwickelt, vgl. Staudinger-Glaser § 57 SchiffsRG Rdn. 2 m.w.N.

54) Mot. III S. 204, 231, 729, 737; Prot. III S. 98 (die "Lokustheorie" sei weder im Entwurf noch in der Kommission zugrunde gelegt); S. 614 f.

55) Mot. III S. 737; Prot. III S. 614 f.

56) Selbst Oberneck II S. 13 muß einräumen, daß der erste Entwurf sich deutlich an den römisch-rechtlichen Grundsatz (Aufrücken der Nachhypothekare) anschließt.

nen Stellen bezeichnet wird⁵⁷⁾). Diese gesetzlich anerkannte Umgehung des Grundsatzes der gleitenden Rangfolge ist - argumentum e contrario - geradezu als dessen Bestätigung zu verstehen⁵⁸⁾.

Bekräftigt wird das durch eine Betrachtung der zugrundeliegenden Interessenlage. Der Rahmen dafür wird abgesteckt durch das Spannungsfeld: Sicherheitsdrang des Nachstehenden, zur Erhöhung seiner Aussichten auf möglichst vollständige Befriedigung vorzurücken - Beharrungsbedürfnis des Eigentümers, sich eine freie Rangposition zur Weiterverwendung im eigenen Interesse zu erhalten. In diesem Spannungsverhältnis divergierender Interessen hat sich der Gesetzgeber, um den auf die Sachhaftung an dem einen Gegenstand angewiesenen beschränkt Berechtigten möglichst effektiv zu schützen, prinzipiell zugunsten des Nachstehenden und damit für die gleitende Rangfolge entschieden. Lediglich aus Billigkeitsgründen⁵⁹⁾ hat der Gesetzgeber im Ergebnis eine⁶⁰⁾ Ausnahme zugelassen, indem er nämlich dem Realkreditbedürfnis des Eigentümers Rechnung trug, den freigewordenen Rang als Grundlage für einen weiteren Kredit zu gleich günstigen Bedingungen zu verwerten. Wegen dieser wirtschaftlichen Notwendigkeit⁶¹⁾ wurde von der Regel abgewichen und die rangspeichernde Wirkung des Eigentümergrundpfandrechts geschaffen, im übrigen aber entsprechend der allgemeinen Interessen-

57) S. nur Mot. III S. 204.

58) Gerade die Schaffung des Eigentümergrundpfandrechts zeigt, daß das Liegenschaftsrecht auf dem System der beweglichen Rangfolge aufbaut. Denn dessen Einführung wäre nicht erforderlich gewesen, wenn ohnehin feste Rangstellen bestünden. Auch der Rangvorbehalt wäre überflüssig, gleichgültig wie seine Rechtsnatur im einzelnen zu verstehen ist (vgl. dazu Jansen AcP 152, 509 ff.); mit ihm wird nämlich gerade bezweckt, feste, freie Ränge zu erreichen.

59) Vgl. etwa Mot. III S. 203.

60) Daneben gibt es als Ausnahme nur noch die wenig bedeutende Regelung in § 889.

61) Vgl. dazu etwa Prot. III S. 600 f.; Blomeyer DRW 1941, 235 ff.; Westermann § 3 I 4 u. § 92 II 7. Im übrigen zur Aufschlüsselung der Interessenlage auch Kreller DRW 1942, 82 ff.

lage die Möglichkeit sonstiger Rechte an eigenen Sachen abgelehnt⁶²⁾.

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß bei den Grundpfandrechten als in der Praxis bedeutsamsten Belastungen praktisch in allen Fällen doch das Aufrücken verhindert werde und somit immerhin wirtschaftlich betrachtet die Theorie der festen Rangstellen zum Durchbruch gelangt sei⁶³⁾. Denn entgegen der ursprünglich geplanten Konzeption⁶⁴⁾ hat sich der Rechtsverkehr inzwischen dadurch beholfen, daß in aller Regel der Grundpfandgläubiger - der als wirtschaftlich stärkerer Vertragspartner imstande ist, dem Eigentümer seine Bedingungen aufzuerlegen - zu seinen Gunsten eine Löschungsvormerkung nach § 1179 bestellen läßt⁶⁵⁾. Auf diesem Wege wird erreicht, daß der nachstehende Grundpfandgläubiger sich das Aufrücken sichert und damit die rangwahrende Wirkung des Eigentümergrundpfandrechts ausschaltet. Der Grundsatz der beweglichen Rangordnung erlangt in der Praxis somit über § 1179 doch wieder Wirksamkeit. Dementsprechend hat sich auch die Verkehrsanschauung gewandelt. Die Verfasser des BGB legten die damals allgemein verbreitete Auffassung zugrunde, daß eine erstrangige Hypothek wegen der größeren Sicherheit hinsichtlich ihrer Befriedigungsmöglichkeit einen anderen wirtschaftlichen Wert bilde als eine zweitrangige. Infolgedessen erhielt der nachrangige Hypothekar bereits einen Ausgleich (eine Art "Risikoprämie") für die geringere Sicherheit durch höheren Zinssatz und sonstige

62) Eine Mindermeinung hält freilich auch andere begrenzte Rechte am eigenen Grundstück (z.B. Nießbrauchsrechte) für zulässig, vgl. etwa Weitnauer DNotZ 1958, 352 ff.; v. Lübtow NJW 1962, 275 ff.

63) In diesem Sinne aber etwa Heck S. 350 f.; Erman-Westermann § 879 Rdn. 2 u. vor § 1113 Rdn. 10; Wolff-Raiser S. 593.

64) Nach dem Willen der Gesetzesverfasser sollte § 1179 "abweichend von der regelmäßigen Auffassung des Verkehrs" nur ausnahmsweise das Nachrücken sichern (Mugdan III S. 984).

65) Vgl. etwa Baur § 20 I 2 u. § 17 A II 2 b; Müller S. 572 u. 622; Westermann (Vorschläge) S. 14; Teichmann S. 96 verzeichnet in der Praxis in 99 % der Fälle eine Löschungsvormerkung bei Hypotheken und Grundschulden.

günstigere Bedingungen. Daher erschien es zu Recht unbillig, den anderweitig begünstigten Nachhypothekar bei Wegfall eines Vorrechts auch noch zusätzlich unverdientermaßen aufzurücken zu lassen und ihm dadurch eine günstigere Position zu verschaffen, als er erhoffen durfte⁶⁶⁾.

Heute aber wird in der Grundkreditpraxis infolge des exzessiven Gebrauchs der Löschungsvormerkung nach § 1179 von vornherein darauf vertraut, daß im Laufe der Zeit die Rangposition des Grundpfandrechts durch Vorrücken verbessert wird⁶⁷⁾. Dementsprechend werden nachrangige Pfandrechte nicht mehr so häufig zu für den Eigentümer ungünstigeren (und für den Nachstehenden günstigeren) Bedingungen vergeben, wie es nach früherer Praxis der Fall war⁶⁸⁾. Danach erscheint es nicht mehr interessenwidrig und ungerecht, den Nachrangigen aufzurücken zu lassen, da er keine Risikoprämie mehr für das Verbleiben an der schlechteren Rangstelle erhält⁶⁹⁾. Auch wirtschaftlich betrachtet besteht somit kein Bedürfnis mehr, den nachrangigen Grundpfandgläubiger zugunsten des Eigentümers zu benachteiligen und durch das Eigentümergrundpfandrecht vom Vorrücken auszuschließen. Sogar diese (abgesehen von § 889) letzte Bastion gegen das Prinzip der gleitenden Rangordnung scheint ins Wanken zu geraten und

66) Mot. III S. 203; Mot. III S. 600 f. Diese Interessenwertung wurde im Laufe der Entwicklung überwiegend gebilligt, vgl. etwa Güthe (Grundlagen) S. 74 ff. Eck S. 290 f.; Heck S. 348; Blomeyer DRW 1941, 235 f.; Wolff-Raiser § 143 IV. Erst neuestens wird es zunehmend als interessen-gerecht gewertet, auch Grundpfandrechte stets nachrücken zu lassen. (Vgl. Westermann, Vorschläge S. 14 u. passim m.w.N.).

67) Dies um so mehr, als in der Praxis der Banken (private Hypothekenkredite gibt es wegen des häufig übersteigerten Schuldnerschutzes kaum mehr, s. Baur § 36 I 4 a) zunehmend Amortisationshypotheken zu erstem Rang bestellt werden. Dabei vermindert sich der in der jährlich gleichbleibenden Rückzahlung des Schuldners steckende Zinsbetrag, und die Amortisation, d.h. die Tilgungsleistung auf den Kredit, wächst. Dadurch ist eine Hypothek in viel kürzerer Zeit getilgt (vgl. das Beispiel bei Baur § 36 I 6 c), so daß auch die nachgehenden Rechte schneller aufzurücken können.

68) Vgl. Westermann (Vorschläge) S. 14 u. Vorwort S. III; s. auch Scheuerer S. 94.

69) S. dazu Steffan S. 32 ff.

einem Trend zurück zum zugrundeliegenden allgemeinen Grundsatz des Nachrückens zu weichen. Auch die Verkehrsauffassung baut heute auf beweglichen Rängen im Grundpfandrechtsbereich auf. Somit ist auch unter wirtschaftlichem Aspekt die gleitende Rangordnung hergestellt. Die gesetzlich vorgesehene Zulässigkeit eines Rechts an eigener Sache - ohnehin die nur für Grundpfandrechte geltende Ausnahme - wird durch die Praxis nahezu zur Bedeutungslosigkeit verurteilt. Die gesetzliche Regel wird auch wirtschaftlich bestätigt.

Damit ist erwiesen, daß das Liegenschaftsrecht sowohl rechtlich⁷⁰⁾ als auch praktisch auf dem System der beweglichen, gleitenden Rangordnung aufbaut⁷¹⁾. Dabei ist das Aufrücken vom hier vertretenen Standpunkt aus - Rang als rechtstechnisches Mittel zur Regelung der Ausübung sich überschneidender Rechte - so zu verstehen: Durch Wegfall eines vorgehenden Rechts entfällt eine dem ursprünglich nachrangigen Recht früher auferlegte Hemmung in der Ausübung; damit erhält es automatisch einen besseren Rang, es rückt vor⁷²⁾.

70) Im Ergebnis ebenso: Mot. III S. 204, 231, 729, 737; Prot. III S. 98, 614.; Galewski S. 12 f.; Landsberg S. 610; Heck S. 92 ff.; Bruck S. 139; Planck-Strecker § 880 II 1 a.E.; Hirsch S. 222 f.; Fuchs I S. 522; Breit S. 16, 45; Eichler II 2 S. 358 f.; O.v.Gierke II S. 858; Kohler S. 392 ff.; Sottung S. 46 ff.; Baur § 17 A II 2; Lent-Schwab S. 50; Westermann § 80 II; Soergel-Baur vor § 873 Rdn. 21; Palandt-Bassenge Überbl. 7 vor § 873; Erman-Westermann § 879 Rdn. 2; vgl. auch RGZ 69, 246; zahlreiche Nachweise zu den Stimmen in den Beratungen des BGB in: Zusammenstellung S. 332 ff. - De lege ferenda für noch konsequentere Ausgestaltung des Systems der beweglichen Rangordnung: Westermann (Vorschläge) mit einer Übersicht über weitere Bestrebungen in dieser Richtung; zu den Reformvorschlägen vgl. auch Herbst ZfgesK 1973, 254 ff., 298 ff.

71) Daher erscheint es auch nicht zutreffend, daß das BGB einen "Mittelweg" zwischen System der festen und der beweglichen Rangordnung gewählt habe, wie häufig behauptet wird (s. etwa Horn S. 57 ff.; Baur § 36 V 1).

72) Ebenso Hirsch S. 218 ff.

Da auch, wie dargelegt, die Wertparzellentheorie keinen Einlaß ins Liegenschaftsrecht gefunden hat, ist folgendes Ergebnis festzuhalten: Der Gesetzgeber hatte, da Rang und Rangordnung ihrer Struktur nach der Rechtsordnung nicht vorgegeben sind, die Wahl zwischen zwei grundsätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten zum Aufbau der Rangfolge⁷³⁾, zum einen Wertteilssystem in Verbindung mit festen, offenen Rangstellen⁷⁴⁾, zum anderen Haftung des ganzen Grundstücks verbunden mit automatischem Nachrücken⁷⁵⁾. Das Liegenschaftsrecht des BGB hat sich grundsätzlich⁷⁶⁾ für die zweite Alternative entschieden: Belastung des ganzen Pfandgegenstands zusammen mit beweglicher Rangordnung.

Auf Grundlage der Einsicht, daß die Rangordnung nicht auf dem Prinzip der festen Rangstellen aufbaut, ist es möglich, zwanglos Stellung zu nehmen zu einer sich in diesem Zusammenhang aufdrängenden Frage. Ob nämlich der Begriff des "Rangs" identisch ist mit dem der "Stelle" bzw. "Rangstelle". Von alters her werden in Erörterung der Kollisionsproblematik bei Grundstücksbelastungen diese drei Ausdrücke zumeist wahllos durcheinander und nebeneinander verwendet⁷⁷⁾.

In die Gesetzgebung hat die "erste Stelle" zunächst Einlaß gefunden in § 11 I des Hypothekenbankgesetzes vom 13.7.1899⁷⁸⁾.

73) Vgl. die anschauliche Gegenüberstellung bei Exner S. 464 f.

74) Historisch gesehen das germanische System, vgl. Wolff-Raiser S. 592.

75) In geschichtlicher Entwicklung das römische System, vgl. Wolff-Raiser a.a.O.; Exner S. 464 f.

76) Hinsichtlich der Haftung des ganzen Grundstücks gibt es überhaupt keine Ausnahme. Was die festen Ränge angeht, ist eine dahingehende Umgehung des Prinzips der beweglichen Rangordnung lediglich in den in der Praxis seltenen Fällen des Eigentümergrundpfandrechts und des § 889 festzustellen.

77) Der Versuch einer Abgrenzung findet sich andeutungsweise erstmals 1921 bei Nußbaum S. 111 ff. (insbesondere S. 113). In aller Entschiedenheit haben sich seitdem für eine Abgrenzung ausgesprochen: Breit S. 46 ff.; Schmittgen S. 16 ff.

78) RGBl. 1899, 375.

Die "Rangstelle" hat sich erstmals in § 10 I 1, II der Erbaurechtsverordnung vom 15.1.1919⁷⁹⁾ und in § 5 S. 1 des Reichsheimstättengesetzes vom 10.5.1920⁸⁰⁾ niedergeschlagen. Ihren Gipfel findet die Begriffsverwirrung im Aufwertungsgesetz vom 16.7.1925⁸¹⁾. Dort werden in zahlreichen Vorschriften alle drei Ausdrücke wirr durcheinander geworfen⁸²⁾. - Ebenso finden sich vielerorts in Rechtsprechung⁸³⁾ und Literatur⁸⁴⁾ die Begriffe absolut gleichgesetzt oder jedenfalls ohne saubere Abgrenzung voneinander.

Diese Begriffe lassen sich jedoch klar bestimmen und ihrer Bedeutung nach deutlich voneinander abgrenzen. Beim Rang handelt es sich um das Mittel der Rechtsordnung zur Lösung von Kollisionen zwischen Grundstücksrechten, mithin um einen materiell-rechtlichen rechtstechnischen Begriff. Ein echter rechtstechnischer Begriff der "Stelle" bzw. "Rangstelle" ist demgegenüber nicht anzuerkennen. Das ist aus der bereits dargelegten Ablehnung des Systems der festen, freien Rangstellen herzuleiten. Als juristischer Begriff ist die "Rangstelle" bzw. "Stelle" nur denkbar unter der Vorstellung von "festen Rangstellen". Allein auf Basis dieser überholten Konstruktion, daß das Grundstück von vornherein in bestimmte vorgegebene, jeweils mit dem Rang

79) RGBl. 1919, 72.

80) RGBl. 1920 I Nr. 108 S. 962, 1218.

81) RGBl. 1925 I S. 117.

82) Vgl. Breit S. 49 f. und Schmitt S. 16 mit genauer Aufzeichnung der zahlreichen entsprechenden Gesetzesstellen.

83) S. nur RG SeuffArch. 78 Nr. 168; BayObLG AufwRspr. 1927, Sonderheft 2 Nr. 21; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 688 ff.; BGHZ 29, 230 (236 f.); BGHZ 51, 50 ff.; OLG Schleswig RpfLeger 1974, 400.

84) In dieser Richtung etwa Mot. III S. 231; Galewski S. 20; Hofmann, Max, Hypothekendarstellungsgesetz, Berlin und Frankfurt a.M. 1964, § 11 Bem. I 2 (unter der Überschrift "Rang" der Beleihung erläutert er, Stelle bedeute Rangstelle); Dannenbaum § 11 Bem. 6; Barlet-Karding-Fleischmann (Hypothekendarstellungsgesetz, 2. Aufl., München 1964) § 11 Bem. 2. Die gesamte Literatur zur Aufwertungsgesetzgebung (vgl. die Nachweise bei Breit S. 47 und Schmitt S. 16 Fußn. 2 u. 3, S. 20 Fußn. 21); ebenso die Literatur zu § 10 ErbbauRVO (so etwa Staudinger-Ring § 10 Erbbau RVO Rdn. 1; Ingenstau § 10 Bem. B u. C I); Baur § 17 A I 2 u. § 36 I 5; ausdrücklich für eingeschränkte Gleichsetzung auch Scheuerer S. 44.

einer gewissen Belastung ausfüllbare unabänderliche Teile zergliedert ist, kann es "Stellen" bzw. "Rangstellen" geben. Denn bei ihnen würde es sich um die rechtstechnische Bezeichnung eben für diese einzelnen vorgegebenen unbeweglichen Teile handeln.

Zudem scheitert die Anerkennung von besonderen "Rangstellen" bzw. "Stellen" daran, daß begrifflich immer mehrere Rechte nötig sind, um eine Rangordnung zu schaffen. Wegen des begriffsimmanenten Moments der Relativität des Rangs kann von absoluten "Rangstellen" bzw. "Stellen", die auch unabhängig von der Existenz sonstiger Belastungen gegeben sein müßten, nicht die Rede sein. - Dem steht nicht entgegen, daß der Rang sich nach § 879 I 1 nach der Eintragung, dem Platz im Grundbuch oder, wie man auch sagen könnte, der "Stelle" in der Eintragsfolge bestimmt. Denn damit ist lediglich gemeint, daß in derselben Abteilung die räumliche Reihenfolge den Rang festsetzt. Ein dem Rang gleichzusetzender Begriff der "Stelle" ist daraus nicht abzuleiten. Zumal der Rang sich ansonsten nach anderen Kriterien als der Raumfolge bestimmen kann (vgl. § 879 I 2, III).

Da es sich bei der "Stelle" bzw. "Rangstelle" nicht um echte rechtstechnische Begriffe handelt⁸⁵⁾, können sie allenfalls als rein wirtschaftliche Bezeichnungen verstanden werden. Und in der Tat hat sich in der Grundkreditpraxis schon früh die Unterscheidung von "erststelligem" und "zweitstelligem" Grundpfandrecht entwickelt. Die Verkehrsanschauung ging bereits vor und zu Beginn des Jahrhunderts davon aus, daß, zum Ausdruck des Sicherheitsgrades bei Verwirk-

85) Es wäre auch abwegig, unter "Stelle" etwa die grundbuchmäßige Numerierung zu verstehen, und zwar schon deshalb, weil jede neueingetragene Belastung eine neue eigene Nummer erhält. Wodurch der Fall eintreten kann, daß eine Hypothek etwa mit der Nummer 4 die erste Stelle innehat, da die übrigen Voreintragungen Nr. 1 - 3 weggefallen, gelöscht worden sind.

lichung der Rechte am Grundstück, der Wert der Hypothek (Höhe der Darlehenssumme) in Relation zu dem Wert des Grundstücks gesetzt werden müßte⁸⁶⁾. Der Beleihungswert, d.h. der für die Darlehensgewährung als Sicherheit ausnutzbare Wert des Grundstücks⁸⁷⁾ wurde in verschiedene Beleihungsräume eingeteilt. Zum Ausdruck der jeweils verschiedenen Aussicht auf Befriedigung aus dem Erlös des Beleihungsobjekts bildeten sich in der praktischen Übung bestimmte Sicherheitsmaße, innerhalb derer mit abgestufter Realisierbarkeit in der Zwangsbefriedigung gerechnet werden konnte. Es bildete sich rasch die Verkehrsgewohnheit, die verschiedenen Grundpfandrechte ihrer unterschiedlichen Sicherheit entsprechend in ein Stufenverhältnis nach einem Prozentsatz des Grundstückswertes zu setzen. Diese Einteilung hielt sich - mit geringen Abweichungen, was die Prozentzahl vom Grundstückswert angeht⁸⁸⁾ - bis heute in der Grundkreditpraxis. Demzufolge ist vom Boden wirtschaftlicher Betrachtung aus "erste Stelle" bzw. "erststellige Hypothek", bzw. "erste Hypothek" zu verstehen als solches Grundpfandrecht, das sich innerhalb eines Raumes von etwa 50 - 60 % des Grundstückswertes befindet⁸⁹⁾⁹⁰⁾. Jedes Grundpfandrecht gilt als erststellig,

86) Vgl. etwa Baumann S. 5 f. m.w.N.; Richter S. 86 ff.; vgl. auch Breit S. 47 f.

87) Zu dem Begriff "Beleihungswert" Rüchardt S. 445 ff.; vgl. auch die weiteren Nachweise bei Baur S. 309 Fußn.1.

88) Was noch als "erststellig" usw. gilt, ist infolge der wandelbaren wirtschaftlichen Anhaltspunkte je nach örtlichen, zeitlichen und sonstigen Gegebenheiten verschieden. Insoweit haben sich in der Verkehrsgewohnheit voneinander abweichende, aber nur im engen Rahmen differierende Vorstellungen gebildet, vgl. etwa Bohn (Vorband) Rdn. 226, (Hauptband) Rdn. 145.

89) S. etwa Nußbaum S. 111 f.; Bohn (Hypothek) S. 129 f.; Güthe (Grundlagen) S. 76; Bohn (Hauptband) Rdn. 145; Baumann S. 5 f.; Walter Richter S. 86; Scheuerer S. 78 f.; Steffan S. 29 f.; weitere Nachweise bei Schmitt S. 17 Fußn. 8, 9. Ausdrücklich gegen eine Wertprozentzahl freilich RG SeuffArch. 78 Nr. 68.

90) Gesetzliche Anerkennung hat die in der Praxis entwickelte 60 %-Grenze für die erste Stelle in § 11 HypothekbankG gefunden, wonach die i.d.R. nur "zur ersten Stelle" zulässige Beleihung "die ersten $\frac{3}{5}$ des Wertes" nicht übersteigen darf. Gleichermaßen ist diese Grenze in § 4 der Beleihungsgrundsätze für Sparkassen und in § 69 des Versicherungsaufsichtsgesetzes niedergelegt, vgl. Rüchardt S. 458 ff.

wenn es den Beleihungswert nur zu $1/2$ bis $3/5$ erschöpft.

Dabei ist völlig gleichgültig, ob neben der betreffenden Hypothek noch weitere, vor- oder gleichrangige Belastungen bestehen. Ausschlaggebend ist allein, daß das eine Grundpfandrecht, evtl. zusammen mit anderen Belastungen, sich noch innerhalb der Wertspanne der ersten 50 - 60 % bewegt⁹¹⁾. Mithin ist hier deutlich der Unterschied zwischen "Rang" und "Stelle" zu erkennen, da innerhalb der "ersten Stelle" durchaus mehrere Rechte mit verschiedenem Rang existieren können. Entsprechendes gilt für die zweite Hypothek. Sie füllt den Raum zwischen der ersten Hypothek (nach $1/2$ bis $3/5$ des Beleihungswertes) und etwa $3/4$ bis $4/5$ des Beleihungswertes aus, d.h. sie schöpft etwa die Wertspanne zwischen 50 - 60 % und 75 - 80 % aus⁹²⁾. - Weitere Stellen hinter der zweiten, also jenseits von 80 % des Beleihungswertes, werden in der Praxis dann freilich nur noch ganz ausnahmsweise von Belastungen in Anspruch genommen⁹³⁾.

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, daß der rechtstechnische Begriff des Rangs mit dem rein wirtschaftlichen, in der Praxis des Bodenkredits herausgebildeten Begriff der Stelle nicht identisch ist⁹⁴⁾⁹⁵⁾. Wenn die sonst häufig verwandte Bezeichnung "Rangstelle" vielfach gleichbedeutend mit "Stelle" gebraucht wird, folgt daraus sogleich, daß ersterer Begriff als rechtstechnischer Terminus ebensowenig

91) Vgl. auch Bohn (Hypothek) S. 129 f.; Steffan S. 30.

92) Vgl. nur Walter Richter S. 86 ff. und Steffan S. 30 m.w.N.

93) Vgl. etwa Steffan S. 31.

94) Die hier gezogene Begriffsabgrenzung Rang - Stelle klingt ebenfalls an bei: Baumann S. 4 ff.; Scheuerer S. 74, 77 ff.; vgl. auch S. 93 ff.; Bohn (Hypothek) S. 129 f.; Bohn (Hauptband) Rdn. 145; Bohn (Vorband) Rdn. 226; Steffan S. 29 ff. (m.w.N.); weitere Nachweise zum älteren Recht bei Schmitten S. 17 Fußn. 8 u. 9.

95) Eine andere Begriffsabgrenzung zugrunde legend, im Ergebnis aber ebenfalls für die Unterscheidung Rang - Stelle: Breit S. 46 ff.; Schmitten S. 16 ff.; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1 a. Auch Eichler II 2 S. 358 spricht sich für die Abgrenzung der Begriffe aus.

wie letzterer anerkannt werden kann. Zudem muß es sich bei der "Rangstelle" um eine antinomische Doppelbezeichnung handeln. Denn mit ihr wird ein rechtstechnischer mit einem nicht deckungsgleichen wirtschaftlichen Begriff verbunden. Derartige verwirrende, unklare und doppeldeutige Ausdrücke sollten aber vermieden werden. Auch aus diesem Grunde empfiehlt es sich nicht, "Rangstelle" i.S. von "Rang" im echten rechtstechnischen Sinne zu gebrauchen, wie es in Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung aber häufig - wohl unbedacht - geschieht⁹⁶⁾.

Erst recht sollten bei Erörterung von Rangfragen so unklare und verwirrende Bezeichnungen wie "Rangstellung", "Rangplatz", "erste Rangstelle"; "rangerste Stelle" in der Rechtsprache vermieden werden⁹⁷⁾. Derartige Ausdrücke sind nicht nur überflüssig, sondern auch von ihrer rechtlichen Bedeutung her überhaupt nicht in den Griff zu bekommen. Ihre Berechtigung haben lediglich die Bezeichnungen "Rang" und "Stelle", der eine Ausdruck als rechtstechnischer Terminus, der andere als wirtschaftlicher Begriff. Sämtliche übrigen Wendungen sind fehl am Platze.

Auf der Basis der unter 1. - 2. gewonnenen Erkenntnisse schließt sich die Kette, was die Beeinflussung des Eigentumsrechts durch den Rang der beschränkten Rechte angeht. Der Rang wirkt sich weder als Verfügungsbeschränkung des Eigentümers zugunsten des Vorrangigen, zu Lasten des Nachstehenden aus, noch bestimmt er den Gegenstand der Belastung (es werden nicht nur jeweils verschiedene rangabhängige Wertteile ergriffen). Ebensowenig stehen dem Eigentümer von vorn-

96) Vgl. dazu § 10 I 1 ErbbauRVO und die oben angeführte Literatur zur Erbbaurechtsverordnung; s. auch OLG Frankfurt DNotZ 1967, 688 ff. u. BGHZ 29, 230 (237); Schumacher S. 4. Überall wird, meist beiläufig, Rangstelle gleichbedeutend mit Rang gebraucht.

97) Vgl. die Nachweise zu diesem fehlerhaften Sprachgebrauch bei Breit S. 53 und Schmitten S. 16.

herein feste, freie Rangstellen zur Verfügung, die bei Bedarf mit Belastungen ausgefüllt werden könnten. Der Eigentümer wird durch die Wirkung des Rangs in keiner Weise berührt. Die Rechtsbeziehungen der beschränkten dinglichen Rechte zum Eigentümer werden durch den Rang nicht geregelt⁹⁸⁾⁹⁹⁾. Bestätigt wird diese Erkenntnis durch die bereits an anderer Stelle nachgewiesene Vervielfältigung und Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse der verschiedenen beschränkt dinglich Berechtigten. Mit den gleichen Befugnissen wäre es unvereinbar, wenn das Verhältnis zum Vollrechtsinhaber sich doch anders gestalten sollte je nach Rang der Belastung.

II. Die Wirkungen des Rangs können sich demnach nur in dem Verhältnis eines beschränkt Berechtigten zu anderen zeigen.

1. Am radikalsten würde sich der Vorrang auswirken, wenn das Nachrecht dem Vorberechtigten gegenüber **unwirksam** wäre. In der Tat ist denn auch gelegentlich eine dahingehende Theorie entwickelt worden. So unternimmt namentlich Hesse¹⁰⁰⁾ den Versuch, aus dem Wesen der Bestellung eines beschränkten Rechts aus dem Vollrecht abzuleiten, daß das Nachrecht im Verhältnis zur vorgehenden Belastung relativ unwirksam sei. Bei der Bestellung mehrerer Belastungen gelte der Grundsatz "niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat". Daraus ergebe sich, daß jedes vom Eigentümer bestellte beschränkte Recht einen eigenen, allein ihm zuge-

98) A.A. besonders deutlich Güthe-Triebel II S. 1890.

99) Nicht damit verwechselt werden darf die oben behandelte Frage, ob das Eigentum selbst Rang besitzt. Ob das Verhältnis eines beschränkt Berechtigten zum Eigentümer unter den rechtstechnischen Begriff des Rangverhältnisses fällt, ist nicht identisch mit der Frage, ob sich das Verhältnis der Ranginhaber untereinander, quasi als Nebenwirkung, auch auf die Beziehung zum Vollrecht auswirkt.

100) DFG 1938, 85 ff.

wiesenen Rechtsraum beherrsche¹⁰¹⁾. Das verwirkliche sich in der Rangordnung, worin nicht nur die Reihenfolge der Befriedigung bestimmt werde, sondern sogar festgelegt werde, ob die nachstehenden Rechte überhaupt zum Zuge kommen. Damit sei dem nachstehenden Recht die Abwehrfunktion gegen den Vorstehenden gänzlich genommen, wodurch es diesem gegenüber unwirksam sei. Ja, die Einschränkung der Wirksamkeit bilde geradezu die Quintessenz des Rangverhältnisses. Das rangschlechtere Recht dürfe vom Vorberechtigten als für ihn nicht bestehend behandelt werden, womit es sich um einen gewöhnlichen Fall der relativen Unwirksamkeit handele.

Diese Konstruktion¹⁰²⁾¹⁰³⁾ muß abgelehnt werden¹⁰⁴⁾. Das ergibt sich bereits aus der unbeschränkten Verfügungsmacht des Eigentümers auch nach Bestellung eines erstrangigen Rechts. Es wurde bereits nachgewiesen, daß der Eigentümer durchaus in der Lage ist, einen weiteren Gläubiger durch Bestellung einer Belastung den gleichen Herrschaftsraum wie dem ersten zu übertragen. Damit bricht die Konstruktion Hesses aber zusammen. Wenn die Herrschaftsbefugnisse der

101) Damit folgt Hesse der Eigentumssplittentheorie zur Erklärung der Konstruktion der begrenzten Sachenrechte. In der Tat scheint es vom Standpunkt des Eigentumsteilungsgedankens aus naheliegend, Nachrang als relative Unwirksamkeit zu verstehen, denn Kollisionen würden bereits verhindert.

102) Neben Hesse hat sie denn auch kaum Anklang gefunden. Lediglich KG JFG 4, 336 (337) geht davon aus, daß ein rangbesseres Recht das rangschlechtere "wirkungslos" sein lasse. Nach KG JW 1926, 1016 ist relative Unwirksamkeit zumindest möglich. - Möglicherweise in dieser Richtung auch Planck-Strecker Vorbem. 2 zu §§ 879 - 881; Biermann (Lehrbuch) § 95, 1. - Breit S. 42 nimmt wenigstens bei Gleichrang (Teil-)Unwirksamkeit an. - Nach Heck S. 196 stimmen Unwirksamkeit und Vorrang jedenfalls im Interessengehalt überein.

103) Sie ist im übrigen nicht neu; für das römische Recht s. etwa v. Arndt S. 656.

104) Auch Hesse selbst bekräftigt an anderer Stelle (Hesse-Saage-Fischer § 45 Bem. II 1) seine Theorie nicht. Vielmehr betont er dort, daß Rechte im Rangverhältnis "ihrem unmittelbaren Inhalt nach voll wirksam" seien.

beschränkt Berechtigten vervielfältigt sind und sich überschneiden, kann im Verhältnis der Belastungsinhaber untereinander von relativer Unwirksamkeit nicht die Rede sein. Dabei kann dahingestellt bleiben, wie die begriffliche Konstruktion der relativen Unwirksamkeit im einzelnen zu verstehen ist¹⁰⁵⁾. Der Vorrang übt jedenfalls keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des nachrangigen Rechts aus¹⁰⁶⁾, vielmehr hemmt er lediglich die Ausübung des nachstehenden Rechts.

Unterstützt wird diese Einsicht durch die Erkenntnis, daß zwischen Rangordnung und relativer Unwirksamkeit von vornherein wesentliche konstruktive Unterschiede bestehen. Bei der Rangordnung stehen *z w e i* Berechtigte nebeneinander; bei der relativen Unwirksamkeit als Unterfall der relativen Rechtszuständigkeit geht es demgegenüber um die Frage, welcher - *e i n e* - von beiden als Rechtsträger anzusehen ist¹⁰⁷⁾. Oder anders ausgedrückt: Beim Vor- Nachrangverhältnis haben wir es zu tun mit einer "Mehrheit *v e r s c h i e d e n e r* Berechtigungen, deren Kraftverhältnis bestimmt werden soll, nicht mit Teilung der Zuständigkeit innerhalb *e i n e s e i n z i g e n* Rechts"¹⁰⁸⁾. Bei Rangproblemen handelt es sich um *K o l l i s i o n* sprobleme, nicht um Zuständigkeitsprobleme¹⁰⁹⁾. Überdies wird nicht, wie bei der relativen Unwirksamkeit, die Substanz des nachstehenden Rech-

105) Vgl. etwa v. Tuhr II 1 S. 327 ff.; Wolff-Raiser § 88 IV; Enneccerus-Nipperdey I 2 § 202 III; Lehmann-Hübner § 27 II 4 d; Oertmann IherJb. 66, 130 ff.

106) Im Ergebnis ebenso KG JFG 12, 298; KG JW 1932, 2442; 1935, 2753; ähnlich auch KG JW 1933, 2708; vgl. auch KGJ 34, A 243. Ebenso Schmitten S. 7; Breit S. 41 ff.; Guth S. 9 f.; Erman-Westermann § 883 Rdn. 26; Grunsky S. 47 f.

107) Oertmann IherJb. 66, 200.

108) Oertmann a.a.O. S. 198 ff.

109) Oertmann a.a.O. S. 221.

tes angegriffen, sondern lediglich dessen Ausübbarkeit¹¹⁰⁾. Schließlich würde bei der relativen Unwirksamkeit eine Kollision bereits von vornherein verhindert, da a priori keine Berechtigungen mehr aufeinanderprallen könnten; während die Aufgabe des Rangs doch gerade darin zu sehen ist, b e - s t e h e n d e Kollisionen zu lösen.

2. Die Wirkungen des Rangs lassen sich nicht schlicht mit der relativen Unwirksamkeit des Nachrechts erklären. Der Rang äußert sich nicht im E x i s t e n z s t r e i t der Rechte, sondern in deren A u s ü b u n g im Verhältnis zueinander. Eine eingehende Regelung dieses Verhältnisses findet sich in zahlreichen Einzelanordnungen über die Zwangsbefriedigung aus dem Grundstück.

Zum einen zeigt sich die Wirkkraft des Rangs bei den Verwertungsrechten in der Aufstellung des geringsten Gebotes (§§ 44 ff. ZVG). Kraft des Deckungsprinzips darf das vorgehende Recht durch die Betreibung der Zwangsversteigerung aus dem nachrangigen Recht nicht beeinträchtigt werden. Diese Sicherung des Vorrechts ist nicht selbstverständlich. Das Deckungsprinzip ist der Rechtsordnung nicht vorgegeben, wie ein Blick in die wechselvolle Geschichte zeigt: Mit der allmählichen Stärkung des Nachrechts¹¹¹⁾ mußte zugleich die wohlerworbene Position des Vorrechts gewahrt werden. Im Gemeinen Recht hatte die Wissenschaft stets daran festgehalten, daß der Pfandverkauf jedenfalls nicht zur Beeinträchtigung der vorhergehenden Gläubiger führen dürfe, also die Zwangsvollstreckung stets nur zu einem die Betterberechtigten deckenden Preis erfolgen dürfe¹¹²⁾. Demgegenüber war in den meisten Länderprivatrechten (z.B. die Preußische Sub-

110) Vgl. Zitelmann AcP 99, 33 f.; Oertmann a.a.O. S. 200.

111) Oben S. 43 f.

112) Windscheid-Kipp S. 1228; vgl. auch Mot. III S. 143.

hastationsordnung vom 15. März 1869, §§ 20 ff.; das Sächsische BGB §§ 435, 452¹¹³⁾) das Deckungsprinzip bei den Hypotheken aufgegeben worden. Nachdem es sich nur in wenigen Ländern (z.B. Hessen, Pfandgesetz vom 15. September 1858 Art. 107) gehalten hatte, bahnte sich erst zu Anfang der 80er Jahre mit den neuen Gesetzen in Preußen¹¹⁴⁾, Sachsen¹¹⁵⁾ und Bayern¹¹⁶⁾ eine Trendwende an. Nach hartem Ringen¹¹⁷⁾ setzten sich schließlich auch bei den Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹¹⁸⁾ und zum Zwangsversteigerungsgesetz¹¹⁹⁾ die überzeugenden wirtschaftlichen Gründe durch: Im Interesse des Realkredits, zum Schutz der vorrangigen Hypothekengläubiger und auch des Eigentümers darf die Zwangsbefriedigung aus dem Grundstück nur zu einem Preis erfolgen, der die besseren Rechte abdeckt¹²⁰⁾.

Infolge des Deckungsprinzips wird nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches die dem Betreibenden vorgehenden Ansprüche vollständig ausbezahlt werden. Wird ein derartiges Gebot nicht erreicht, wird die Versteigerung eingestellt und bei nochmaligem vergeblichen Versuch dann aufgehoben (§ 77 ZVG). Mithin bleibt in diesem Fall hinsichtlich der Rechtsstellung der Belastungsinhaber alles beim alten. Der Vorstehende behält sein Recht unbeschränkt.

113) Ausführliche Nachweise in Mot. III S. 143 Fußn. 1 u. 2.

114) Gesetz, betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, vom 13. Juli 1883, § 22.

115) Gesetz, betreffend die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung unbeweglicher Sachen, vom 15. August 1884.

116) Gesetz, Änderungen der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffend, vom 29. Mai 1886.

117) Für Einführung des Deckungsprinzips insbesondere v. Salpius S. 117 ff.; Bähr IherJb. 13, 182 ff. Dagegen namentlich Struckmann VerhDJT 10, Bd. 1, S. 63 ff.

118) Mot. III S. 143 ff.

119) Hahn-Mugdan S. 113 ff.; amtliche Motive zum ZVG, abgedruckt in: Entwurf GBO, 2. Buch, S. 110 - 116.

120) Damit hat das BGB die Position des Vorrangigen abgesichert und die gegenläufigen Tendenzen (Stärkung des Nachrechts bis zu gleichen Herrschaftsbefugnissen, s. o. S. 43 f., - Schutz des Vorrechts vor Beeinträchtigungen durch das Nachrecht, S. 153 ff.) in Einklang gebracht.

Sofern dagegen das geringste Gebot erreicht und dem Meistbietenden der Zuschlag erteilt wird, bleiben kraft des Übernahmeprinzips die dem Betreibenden vorgehenden Rechte wie bisher als Belastung auf dem Grundstück bestehen und gehen auf den Erwerber über¹²¹⁾.

Bei beiden Konstellationen wird also die vorgehende Grundstücksbelastung in ihrem Bestand nicht berührt, wenn das Nachrecht die Zwangsversteigerung betreibt¹²²⁾. Freilich darf der Nachstehende sein Recht an sich stets dadurch ausüben, daß er die Zwangsvollstreckung einleitet. Sofern er aber das Recht des Vorgehenden gefährden würde (bei fehlender Deckung infolge Nichterreichen des geringsten Gebotes), muß er auf die Ausübung seines Rechtes völlig verzichten. Denn sofern die Zwangsversteigerung nach § 77 ZVG aufgehoben wird, ist ihm keine Möglichkeit eröffnet, Leistung aus dem Grundstück zu erlangen.

Zum anderen äußert sich die Wirkkraft des Hypothekenrangs bei der Verteilung von Versteigerungserlös und Verwaltungsüberschuß (§§ 109 ff. i.V.m. §§ 10 ff., 155 ff. ZVG). Betreibt ein vorgehender Grundpfandgläubiger die Zwangsvollstreckung, so gehen sein Recht und die nachfolgenden Belastungen unter, da sie nicht ins geringste Gebot fallen. Und zwar unabhängig davon, ob diese durch das Meistgebot gedeckt sind, woran deutlich zu erkennen ist, daß der Vorgehende in Ausübung seiner Befugnisse auf die Nachrangigen keinerlei Rücksicht zu nehmen braucht. Denn das Recht des Nachgehenden erlischt auf jeden Fall, und dieser ist darauf

121) Denn die Grundstücksbelastungen des § 879 BGB werden als Rechte der 4. Rangordnung (§ 10 I Nr. 4 ZVG) nicht bar bezahlt (§§ 52 I 1, 49 I ZVG; nur die Rangklassen § 10 I Nr. 1 - 3 ZVG fallen ins Bargebot).

122) Freilich wird in der zweiten Alternative der vorstehende Gläubiger insofern betroffen, als er durch die Übernahme einen anderen Schuldner, den neuen übernehmenden Grundstückseigentümer, erhält. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um eine rein wirtschaftliche Erscheinung. Der Rechtsbestand der Hypothek als solcher wird davon nicht berührt.

angewiesen, sich an den Versteigerungserlös zu halten. Freilich kann der Nachberechtigte auf diese Art und Weise nur dann Befriedigung erlangen, wenn der erzielte Erlös in der Tat noch für ihn ausreicht, was von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Insoweit kann die Verwirklichung des vorgehenden Rechtes die nachstehende Hypothek beeinträchtigen. Nicht aber umgekehrt, da das vorgehende Grundpfandrecht vor dem Nachrangigen aus dem Erlös befriedigt wird, während letzteres erst dann zum Zuge kommen kann, wenn das vorstehende voll gedeckt ist.

Das gilt entsprechend auch für die Verteilung des Überschusses in der Zwangsverwaltung¹²³⁾. Dort äußert sich die Wirkkraft des Vorrangs im übrigen noch darin, daß kraft § 148 II ZVG die Zwangsverwaltung überhaupt nicht durchgeführt werden kann, sofern ein dem Betreibenden vorgehendes Nutzungs- und Besitzrecht am Grundstück besteht und der Vorgehende in die Besitznahme nicht einwilligt¹²⁴⁾. Das ist wieder ein Beweis dafür, daß der Nachrangige im Extremfall bei der Gefahr, den Vorgehenden zu beeinträchtigen, auf Ausübung seines Rechts gänzlich verzichten muß. Denn insoweit kann er seine ihm an sich zustehende Befugnis, die Zwangsverwaltung zu beantragen, überhaupt nicht verwirklichen, während im umgekehrten Fall (Nachrang des Nutzungsrechts) der Betreibende wiederum bei seiner Rechtsausübung keine Rücksicht auf den Nachrangigen zu nehmen braucht; dieser geht bei der Zwangsverwaltung durch den Vorrangigen seines Besitzrechtes verlustig, womit sein Nutzungsrecht gegenstandslos wird.

Im Zwangsvollstreckungsverfahren kann der Vorhypothekar seine Rechte also stets ohne Rücksicht auf den Nachstehenden ausüben. Der Nachhypothekar kann durch die Ausübung des Vorrechts beeinträchtigt werden, nicht aber umgekehrt der Vorhypothekar durch die Ausübung des Nachrechts.

123) Vgl. dazu etwa Rüdiger S. 90.

124) Vgl. Rüdiger S. 90 f.; Planck-Strecker § 1124 Bem. 1 b.

Der Schutz des Vorstehenden gegenüber dem Nachrangigen ist so weitreichend, daß er sein Vorrecht auch bei fehlerhafter Tätigkeit der Vollstreckungsorgane nicht verliert. Sofern er nicht seinem Rang gemäß im Teilungsplan (§§ 115 ff., 156 ff., ZVG) berücksichtigt wird, kann er dagegen Widerspruch erheben durch Klage gegen die beteiligten Gläubiger (§§ 876 ff. ZPO)¹²⁵⁾. Aber selbst wenn er diesen Rechtsbehelf nicht einlegt, kann der Grundpfandgläubiger seinem materiellen Rang noch Geltung verschaffen, indem er vom fälschlicherweise vor ihm befriedigten Nachberechtigten Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verlangt (vgl. § 878 II ZPO)¹²⁶⁾¹²⁷⁾.

Der Vorrangige ist also in Ausübung seines Rechts gegen Beeinträchtigungen durch das Nachrecht in jeder Verfahrensphase der Zwangsbefriedigung gesichert. Das nachstehende Recht kann nur so verwirklicht werden, daß die Rechtsstellung des Vorgehenden in allen Ausstrahlungen gewahrt wird. Der Vorberechtigte wird in seinem Vertrauen auf ungestörten Rechtsgenuß durchgehend geschützt.

Seine besondere Bedeutung zeigt der Vorrang der Verwertungsrechte in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung¹²⁸⁾. Das darf freilich nicht den Blick dafür trüben, daß der Rang der Grundstückssachenrechte auch außerhalb der Zwangsvollstreckung Wirkungen entfaltet, wenngleich nicht verkannt werden darf, daß die Verwertungsrechte in der Praxis die wichtigsten Belastungen darstellen und nach dem Willen des

125) Vgl. dazu RGZ 59, 266 ff. u. 62, 168 ff.

126) Vgl. dazu RG JW 1904, 72; RGZ 58, 156 f.; 64, 194 ff.; 76, 379 ff. Freilich ist ausnahmsweise ein endgültiger materieller Rangverlust über § 110 ZVG möglich, wodurch dann auch die Kondiktion ausgeschlossen wird (vgl. Zeller § 110 ZVG Bem. 2).

127) Zu den sonstigen Wirkungen des Rangs bei Nichtberücksichtigung in der Zwangsversteigerung vgl. auch RGZ 59, 266 ff.

128) S. dazu auch Rosenberg S. 244; Straus S. 8 f.; Rüdiger S. 89 ff.; Koch (Diss.) S. 39 f.

Gesetzgebers (§ 1147) namentlich auf Ausübung durch Betreibung der Zwangsvollstreckung angelegt sind¹²⁹⁾.

Am bedeutungsvollsten zeigt sich die Wirkkraft des Rangs vor der Zwangsvollstreckung im Verhältnis der Gebrauchsrechte untereinander (vgl. §§ 1024, 1060, 1090 II). Diese Rechte (Erbbaurecht, Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten) haben eine körperliche Einwirkung auf das Belastungsobjekt zum Gegenstand¹³⁰⁾. Demzufolge verwirklicht sich ihr Vorrang darin, daß das vorrangige Nutzungsrecht sich körperlich seinem ganzen Inhalt nach unbeschränkt und ohne Rücksicht auf das nachstehende Recht betätigen darf, während der Nachstehende bei Ausübung seines Rechts darauf achten muß, daß er den Vorstehenden nicht auf irgendeine Weise stört. Besteht die Gefahr, das Vorrecht zu beeinträchtigen, muß der Nachrangige sich einschränken. Er darf nur in dem Maße Nutzungen ziehen, wie der Vorstehende dadurch nicht beeinträchtigt wird. Wodurch im Extremfall eine Nutzung, namentlich bei umfassenden Gebrauchsrecht, völlig verhindert wird¹³¹⁾.

Auch bei mehreren dinglichen Vorkaufsrechten zeigt sich die eigentliche Wirkung des Vorrangs bereits vor der Zwangsvollstreckung¹³²⁾. Das vorgehende Vorkaufsrecht kann beliebig geltend gemacht werden, als ob es das nachrangige gar nicht gäbe. Das nachstehende muß demgegenüber im Verhältnis zum vorgehenden völlig verzichten. Da eine Teilausübung durch das Nachrecht nicht denkbar ist, wird es durch das Vorrecht stets gänzlich verdrängt und kann im Verhältnis zu diesem überhaupt nicht ausgeübt werden. Allerdings wird es insofern nicht gegenstandslos, als es - soweit es für mehrere Fälle bestimmt ist - in dem Moment unbeschränkt ausübbar wird, wenn das nur für einen Vorkaufsfall bestimmte Vorrecht verbraucht ist.

129) Vgl. RGZ 93, 234 (236).

130) Was nicht verhindert, daß sie sich in der Zwangsvollstreckung doch, wie jedes Recht, in Wertrechte umwandeln.

131) Vgl. das anschauliche Beispiel bei Rüdiger S. 88.

132) Diesen kommt echter materieller Rang zu, vgl. BGHZ 35, 146 ff.; LG Darmstadt MDR 1958, 35.

3. An sich werden die Nutzungs- und Erwerbsrechte durch "Ausübung" außerhalb der Zwangsvollstreckung verwirklicht. Jedoch äußert sich der Rang nicht nur dort¹³³⁾, sondern auch in der Zwangsbefriedigung (in der Übernahme bzw. bei Umwandlung in Geldwertansprüche). Entsprechend zeigt sich umgekehrt die Rangwirkung von Verwertungsrechten, die an sich auf Zwangsvollstreckung angelegt sind, auch bereits vor der Zwangsversteigerung bzw. Zwangsverwaltung. Der Rang ist nicht nur an der Zwangsvollstreckung orientiert; wenn gleich dieser Eindruck entstehen könnte, da außerhalb der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung dem Grundstückseigentümer die rechtliche Freiheit zusteht, die Grundpfandgläubiger abweichend von der unter ihnen bestehenden Rangordnung zu befriedigen¹³⁴⁾. - Vom Gesetzgeber selbst wird die Ausstrahlungskraft vor der Zwangsbefriedigung in §§ 1123 f. zum Ausdruck gebracht. Danach muß das rangschlechtere Recht dem rangbesseren weichen, wenn Nießbrauch und vom Hypothekengläubiger gepfändete Miet- und Pachtzinsforderungen aufeinanderprallen¹³⁵⁾. - Aber auch sonst äußert sich bei Grundpfandrechten, wie bei anderen Belastungen, der Vorrang bereits vorher in Ansprüchen und Pflichten im Rangverhältnis¹³⁶⁾¹³⁷⁾¹³⁸⁾. Die oben aufgezeigten Einzelanordnungen

133) Zur Bedeutung des Rangs der Nutzungs- und Erwerbsrechte vor der Zwangsvollstreckung vgl. auch Rüdiger S. 87 ff.

134) Vgl. Wolf. S. 269.

135) Vgl. die zahlreichen Rechtsprechungs-Nachweise bei Planck-Strecker § 1124 Bem. 1 b und Rosenberg S. 244.

136) Ausdrücklich hervorgehoben wird das nur ganz vereinzelt, und dann auch nur ansatzweise, s. etwa Koch (Diss.) S. 38 f.; Rüdiger S. 87; Rosenberg S. 243 f.; Wolf S. 269; BGHZ 29, 230 (233). Lediglich Grunsky S. 43 ff. hat sich bisher eingehend mit dieser Frage beschäftigt, freilich nur unter dem Aspekt eines bereits vor der Zwangsversteigerung bei sämtlichen dinglichen Rechten bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses, worauf er den Schwerpunkt legt.

137) Emmerich S. 74 behauptet demgegenüber, daß die Rangordnung gar keine Einzelwirkungen, sondern nur "grundsätzliche" entfalte.

138) Gelegentlich wird das ausdrücklich bestritten, indem die Wirkung des Rangs allein auf die Zwangsvollstreckung beschränkt wird, so z.B. Müller (Diss.) S. 64; prObTrib. Gruchot 23, 913 ff.

in den ZVG - Vorschriften wollen nicht besagen, daß der Rang sich n u r in der Zwangsverwertung äußern könne. Vielmehr kommt in ihnen der allgemeine Rechtsgrundsatz über die Rangordnungswirkung zum Ausdruck, der v o r und i n der Zwangsvollstreckung und unterschiedslos bei s ä m t - l i c h e n Belastungen gleich welchen Inhalts gilt. Daß nämlich die Ausübung des rangbesseren Rechts durch die Ausübung des rangschlechteren Rechts nicht beeinträchtigt werden darf¹³⁹⁾¹⁴⁰⁾¹⁴¹⁾. Insbesondere § 44 I ZVG mit seinen oben aufgezeigten Ausstrahlungen ist dahingehend zu verstehen, daß in die für den Vorrangigen einmal begründete Rechtsstellung durch den Nachberechtigten nicht mehr eingegriffen werden darf. Die Zwangsversteigerung, pars pro toto, darf wie jede Ausübung nur unbeschadet der dem Recht des Betreibenden vorgehenden Rechte vollzogen werden. Die einmal entstandenen Machtbefugnisse des Vorgehenden müssen durchgehend gewahrt bleiben und sich voll durchsetzen lassen. Diese Ausgestaltung der Zwangsversteigerung ist als Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes zu erklären, daß das Vorrecht in all seinen Ausstrahlungen nicht gestört werden darf durch das Nachrecht. - Der Allgemeingültigkeit des dort zum Ausdruck kommenden Gedankens steht nicht entgegen, daß im Zwangsverfahren ein Versteigerungsbeamter eingeschaltet wird; das erklärt sich nur daraus, daß die allgemeine dingliche Wirkkraft des Rangs im Interesse eines staatlich geordneten Verfahrens von Amts wegen berücksichtigt werden muß.

-
- 139) Das klingt an bei Hirsch S. 338 f.; Rüdiger S. 87; Mot. III S. 143 ff.; Jaekel-Güthe § 44 Bem. 1; s. ferner Koch (Diss.) S. 38 f. und Wittkowsky S. 86.
- 140) Im Fahrnispfandrecht tritt dieser allgemeine Grundsatz besonders in § 1242 II 2 zutage.
- 141) Dabei handelt es sich um keine Selbstverständlichkeit. Daß derartiger Schutz des Vorranginhabers nicht der Rechtsordnung vorgegeben ist, zeigt sich an der Rechtslage im älteren Recht. Insbesondere ist das daraus abzuleiten, daß in den meisten Länderprivatrechten das Deckungsprinzip nicht galt. Damit wurde dem Vorrangigen kein absoluter Schutz gegen den Nachstehenden zuteil. Denn dieser konnte sein Recht auch dann ausüben, wenn der Erlös geringer war als der Anspruch des Vorgehenden, vgl. Mot. III S. 143.; s. auch v. Salpius VerhDJT 12, 117 ff.

Aus diesem allgemeinen Recht des Vorgehenden auf Nichtbeeinträchtigung¹⁴²⁾ fließen dann Befugnisse (des Vorrangigen) und Verpflichtungen (des Nachstehenden) auch schon vor der Zwangsvollstreckung. Denn auch dann ist eine Beeinträchtigung des Vorrangigen bereits möglich. So ist z.B. denkbar und wird in der Praxis auch nicht selten vorkommen, daß der Nachrangige das Pfandrecht des Vorgehenden in sonstiger Weise beeinträchtigt. Dann muß dem Vor- gegen den Nachbarberechtigten ein Anspruch aus § 1004 analog zustehen. Indiz dafür ist die Regelung in § 1134, wonach der Hypothekengläubiger gegen Dritte¹⁴³⁾ bei Gefahr der Grundstücksverschlechterung einen Unterlassungsanspruch hat, womit die allgemeine Unterlassungsklage aus § 1004 konkretisiert wird¹⁴⁴⁾. Vorstellbar ist z.B., daß der Nachrangige das Grundpfandrecht des Vorgehenden "in sonstiger Weise" dadurch beeinträchtigt, daß er ohne die in §§ 1123, 1124 genannten Voraussetzungen den Pächter oder Mieter auffordert, direkt an ihn zu leisten; dann muß der vorrangige Hypothekar im Interesse, die Miet- oder Pachtzinsen für sich als Haftungsgrundlage zu erhalten, dagegen einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 haben. Ferner kann der Hypothekengläubiger gegen den Nachstehenden z.B. bereits vor Fälligkeit der Hypothek bei nur drohender Grundstücksverschlechterung vorgehen; so muß etwa gegen einen nachrangigen Nießbraucher ein Unterlassungsanspruch bestehen, wenn dieser wirtschaftswidrig dergestalt Nutzungen zieht, daß an dem Grundstück Raubbau getrieben und dieses dadurch in seiner Verwertbarkeit bedroht wird; gegen die Gefährdung der Haftungsunterlage des Vorhypothekars durch Mißwirtschaft

142) Dabei handelt es sich um den allgemeinen, jedem dinglichen Recht innewohnenden Anspruch auf Nichtbeeinträchtigung; die Befugnisse und Pflichten sind demgegenüber nicht Auswirkungen eines besonders angeordneten z u s ä t z l i c h e n gesetzlichen Schuldverhältnisses. Dazu sogleich.

143) Zu den "Dritten" gehören auch andere Belastungsinhaber, sogar der Nießbraucher als Besitzer der Sache, vgl. Staudinger-Scherübl § 1134 Rdn. 3 a.

144) Vgl. OLG Kiel JW 1933, 634 f.

gewährt § 1134 I einen speziellen Unterlassungsanspruch¹⁴⁵⁾. Noch deutlicher erkennbar ist ein Anspruch des vorgehenden Pfandberechtigten gegen den Nachberechtigten an einer im Fahrnispfandrecht denkbaren Situation: Der Vorberechtigte hat, wenn er nicht im Besitz der Pfandsache ist, gegen den Nachrechtsinhaber u.U. den Herausgabeanspruch nach §§ 1227, 985¹⁴⁶⁾. Zwar ist eine derartige Fallgestaltung im Grundpfandrecht kaum denkbar, da zur späteren Zwangsveräußerung durch den Gläubiger kein Besitz erforderlich ist. Wegen der Einheitlichkeit des materiellen Rangbegriffs im Recht der beweglichen und unbeweglichen Sachen muß die beispielhaft aufgezeigte Möglichkeit von positiven Ansprüchen aus dem Recht auf Nichtbeeinträchtigung auch auf die Grundpfandrechte anwendbar sein. - Im Übrigen ließen sich beliebig weitere Beispiele finden für die "Reihe von Befugnissen"¹⁴⁷⁾ aus dem Anspruch auf ungestörten Vorrang. So muß dem Vorstehenden etwa ein Recht auf unbeeinträchtigte Wahrung seiner einmal erworbenen Rechtsstellung dergestalt zustehen, daß er sich gegen benachteiligende, ihn in seiner Position in der Reihenfolge verschlechternde Rangeintragungen zur Wehr setzen kann; der Wertbetrag der ihm selbst vorgehenden Rechte darf nicht etwa durch Vorrücken ursprünglich nachstehender Rechte gegen seinen Willen vergrößert werden; in seiner Rechtsstellung darf er durch spätere Rechte, die nur nach seinem Recht zum Zuge kommen dürfen, nicht verdrängt werden¹⁴⁸⁾.

145) Vgl. OLG Kiel JW 1933, 634 f. zum ähnlichen Fall einer wirtschaftswidrigen Wegschaffung von Zubehör durch einen Dritten.

146) S. Emmerich S. 158.

147) Koch (Diss.) S. 39.

148) Koch (Diss.) S. 38 f.

Durch diesen Anspruch auf Nichtbeeinträchtigung durch den Nachgehenden wird die Leitlinie der gesamten Rangordnung zum Ausdruck gebracht, daß nämlich der Vorrangige sein Recht ohne jegliche Rücksichtnahme auf den Nachrangigen ausüben darf¹⁴⁹⁾. Er hat sämtliche aus dem dinglichen Recht kraft dessen Dinglichkeit seinem Inhalt nach fließenden Befugnisse. Der Nachstehende muß sich insoweit wie ein außenstehender beliebiger Dritter behandeln lassen. Insofern ist, da der Vorrangige den Nachberechtigten überhaupt nicht beachten muß, von der Warte des Vorstehenden aus das Recht des Nachgehenden an der Sache gar nicht existent¹⁵⁰⁾¹⁵¹⁾¹⁵²⁾. Wenn der Nachrangige die Ausübung des Vorrechts auf irgendeine Art behindert, unterliegt er den Schutzansprüchen (wie etwa § 1004) wie ein an der Sache nichtberechtigter Dritter. Demzufolge ist es auch zu eng, den Vorrang nur mit der Befugnis, dem Anspruch auf Duldung der vorzugsweisen Befriedigung in der Zwangsvollstreckung zu erklären¹⁵³⁾, wie es aber gelegentlich geschieht¹⁵⁴⁾.

Eine derartig weitgehende Sicherung des Vorrangigen gegen jedwede Beeinträchtigung, auch vor der Zwangsvollstreckung, ist auch durch dessen vernünftige Interessen gerechtfertigt.

-
- 149) Im Ergebnis ausdrücklich ebenso: Hirsch S. 34; Grunsky S. 44 f. S. auch Emmerich S. 74. Schon früher Exner S. 517.
- 150) Das bedeutet aber nicht, daß Nachrang unter die rechtstechnische Konstruktion der relativen Unwirksamkeit falle, s.o.
- 151) Daß der Nachstehende die Zwangsversteigerung betreiben darf, bildet keine "Ausnahme", wie Grunsky S. 45 f. meint. Denn im Ergebnis kommt es dadurch - wie oben dargelegt - gerade n i c h t zu einer Beeinträchtigung des Vorrechts. Demnach übt das Nachrecht insofern auch keinerlei Einfluß auf das Vorrecht aus.
- 152) Dem steht nicht entgegen, daß sich vom Blickwinkel des Nachberechtigten aus dessen Befugnisse auch im Verhältnis zum Vorgehenden an sich vervielfältigen und nur gewissen Ausübungsschranken unterliegen. Daß die Befugnisse des Nachrangigen vervielfältigt b e s t e h e n, ist eine andere Frage als die, ob sie sich auch d u r c h s e t z e n lassen.
- 153) Ebenso Koch (Diss.) S. 39; Rüdiger S. 87; Grunsky S. 45.
- 154) In dieser Richtung Breit S. 7, 44, 118 f. u. passim; Müller (Diss.) S. 65; KG ZDNotV 1933, 244. Noch enger Ehring MDR 1952, 580; Emmerich S. 141 f. Vgl. auch Brachvogel Gruchot 70, 471. Für das ältere Recht dahingehend u.a. RGZ 6, 310; 27, 283; prObTrib. Gruchot 23, 913 ff.; Becher S. 904.

Die Aufgabe des Vorrangs muß ganz allgemein darin gesehen werden, den Vorranginhaber in der Reihenfolge der Befriedigung gegenüber dem Nachstehenden möglichst effizient zu schützen. Wenn einem Gläubiger ein Recht an einer Sache bestellt wird, geht er davon aus, damit eine besondere Rechtsposition mit absolutem Schutz gegenüber jedermann zu erwerben. Er kann und muß darauf vertrauen, daß die mit der Belastung erlangte Rechtsstellung ihm gegen seinen Willen ein für allemal nicht mehr genommen werden und er sie stets voll durchsetzen kann. Er kann damit rechnen, auch durch spätere Belastungen nicht berührt zu werden, da spätere Rechtshandlungen des Eigentümers ihn "nichts angehen". Schließlich wäre es von seiner Warte aus materiell ungerecht, wenn er nicht auf den allgemeinen Grundsatz "wer zuerst kommt, mahlt zuerst" bauen dürfte. Die evtl. entgegenstehenden Interessen des Nachberechtigten aber kann er von seinem Standpunkt aus völlig außer acht lassen, da es dessen Sache ist, sich mit einer schwächeren Position abzufinden, wenn er sich trotz Kenntnis der bereits bestehenden Belastung von vornherein mit einer minderwertigen Sicherheit zufrieden gibt. Der Vorstehende kann jedenfalls berechtigterweise darauf vertrauen, durch jedwede Bestellung einer späteren Belastung in keiner Weise in seiner einmal rechtmäßig erworbenen Rechtsposition beeinträchtigt zu werden. Demzufolge muß er sein Recht stets so ausüben dürfen, als ob es den Nachrangigen als an der Sache ebenfalls Berechtigten für ihn gar nicht gäbe, ohne jegliche Rücksichtnahme auf diesen. Dahin geht der Schutzzweck des (Vor-)Rangs. Beim Rang handelt es sich somit um einen Ausfluß des Vertrauensgrundsatzes, des berechtigten Vertrauens auf ungetrübten, durch die Existenz von Nachrechten ungestörten Rechtsgenuß¹⁵⁵⁾¹⁵⁶⁾.

-
- 155) In der Literatur werden diese vernünftigen Belange des Vorranginhabers meist nur knapp angesprochen. Das Vertrauen auf Nichtbeeinträchtigung wird ansatzweise herausgestellt von: Mot. III S. 143 ff.; Baur § 17 A I 1; Grunsky S. 43.
- 156) Daraus erklärt sich auch der alte, ungebrochen geltende allgemeine Rechtsgrundsatz "prior tempore, potior iure". Dazu ausführlich Regelsberger (Altersvorzug) und Leisner S. 10.

Und nicht nur das Interesse der Vorranginhaber geht in diese Richtung. Auch die billigen Belange des allgemeinen Rechtsverkehrs, namentlich des Bodenkreditverkehrs, und nicht zuletzt des Eigentümers selbst, verlangen eine derartige dem Schutzzweck des Rangs entsprechende Wirkkraft in Gestalt der unbeeinträchtigten Rechtsausübung. Bestünde die Gefahr, daß ein einmal bestelltes Grundpfandrecht durch weitere, später bestellte Rechte in seiner Verwirklichung doch noch beeinträchtigt werden könnte, fände sich wohl kaum ein Kreditgeber. Denn damit wäre seine Rechtsposition stets gegen seinen Willen zu erschüttern. Er besäße zwar ein Verwertungsrecht, aber seinem ursprünglichen Zweck, eine hochgradige Sicherheit für die Darlehenshingabe zu bieten, könnte dieses Verwertungsrecht nicht vollständig gerecht werden. Die Sicherung würde ausgehöhlt, wenn sein Recht durch andere, unabhängig von seinem Willen, gefährdet werden könnte. Allgemeine Rechtsunsicherheit würde aufkommen. Es käme zum ungezügelten Wettlauf der Gläubiger, es käme auf die Schnelligkeit des Vorgehens an, wodurch die praktische Brauchbarkeit des Pfandrechts beeinträchtigt würde. Die Gefahr der Vereitelung des Vorrechts würde die angestrebte Sicherung weitgehend ins Leere laufen lassen. In Anbetracht solcher Konsequenzen würde es sich jeder vernünftige Geldgeber reiflich überlegen, ob er das Risiko eingehen kann, eine u.U. wertlos zu machende "Sicherheit" zu akzeptieren. Die Folge wäre eine beträchtliche Lähmung des Bodenkreditverkehrs.

Die Berücksichtigung all dieser Interessen verlangt, den Vorberechtigten in Ausübung seines Rechts so zu stellen, als wäre der Nachberechtigte gar nicht dinglich Berechtigter. Das bedeutet: allgemeiner Anspruch auf Duldung der ungestörten, vollen Ausübung seines Vorrechts, um gegen jedwede Beeinträchtigung geschützt zu sein.

Die Aufgabe des Vorrangs besteht demnach darin, die dem dinglichen Recht kraft seiner dinglichen Natur seinem Inhalt nach innewohnenden Herrschaftsbefugnisse ihrem gesamten Umfang nach dem an der Sache ebenfalls dinglich berechtigten Nachrangigen gegenüber zu erhalten. Andererseits ist die Aufgabe

des Nachrangs zu umschreiben als: Einschränkung der dem dinglichen Recht seinem Inhalt nach unbeschränkt innewohnenden, an sich ihrem gesamten Umfang nach gewährten Herrschaftsbefugnisse, *s o w e i t* - und auch nur soweit - dadurch ein Vorberechtigter beeinträchtigt würde¹⁵⁷⁾. Darin besteht der Sinn der Rangordnung überhaupt: Der spätere beschränkt Berechtigte darf seine Befugnisse nur so ausüben, daß er die Ausübung des früheren nicht beeinträchtigt¹⁵⁸⁾.

Dogmatisch gesehen folgt die Tatsache, daß auch dem Nachberechtigten an sich die gleichen Befugnisse zustehen wie dem Vorberechtigten, aus der oben eingehend dargelegten Vielfältigung der Rechte. Diese ihm an sich zustehenden Rechte darf er grundsätzlich auch seinem Belieben nach ausüben. Lediglich im Verhältnis zu dem Vorrangigen kann er ausnahmsweise dann, aber auch nur dann, sein Recht nicht verwirklichen, wenn er durch die konkrete Art der Ausübung die Rechte des Vorstehenden irgendwie beeinträchtigen würde. Das kann dazu führen, daß er die Intensität der Ausübung ihrem Grad nach nur zurückschrauben muß (beispielsweise beim Aufeinandertreffen zweier beschränkt persönlicher Dienstbarkeiten, *s.o.*). Im Extremfall muß er auf die Ausübung sogar völlig verzichten (so etwa bei Einstellung der Zwangsversteigerung, die aus der Nachhypothek betrieben wird, wenn das geringste Gebot nicht erreicht wird, *s.o.*; ebenso bei zwei Vorkaufsrechten, von denen das erstrangige durch seine Ausübung das zweite überhaupt nicht zur Wirkung kommen läßt). Die Eigentümlichkeit des Nachrangs liegt demnach darin, daß dem an sich gleichberechtigten Nachrecht lediglich eine gewisse Ausübungsschranke auferlegt ist - nämlich nur dann, wenn es die Ausübungsbefugnisse des Vorgehen-

157) Im BGB ist das für das Grundstückssachenrecht freilich nirgends ausdrücklich festgesetzt. Eine Ausübungsschranke, *s o w e i t* dadurch ein anderes Recht beeinträchtigt würde, ist *expressis verbis* lediglich in § 577 S. 2 geschaffen worden für den Sonderfall des Aufeinanderprallens von Gebrauchsrecht des Mieters mit einem dinglichen Gebrauchsrecht.

158) So besonders deutlich Hirsch S. 33 ff., 315 f. und *passim*; *s. ferner* Crome S. 707.

den auf irgendeine Art stören würde. So ist es namentlich zu erklären; daß auch dem Nachstehenden die in der Praxis wichtige Befugnis gewährt ist, die Zwangsversteigerung zu betreiben. Der Vorrangige ist durch Deckungs- und Übernahmeprinzip (s.o.) vor Benachteiligungen geschützt. Also kann die Rechtsordnung dem Nachstehenden die dem Rechtsinhalt nach gegebene Befugnis belassen, die Zwangsversteigerung in die Wege zu leiten. Insoweit besteht kein Schutzbedürfnis für den Vorrangigen, dem Nachrecht eine Beschränkung in der Ausübung aufzuerlegen.

Es dient den wohlverstandenen Belangen des Nachstehenden, an der Sache ebenfalls inhaltlich voll berechtigt zu sein mit der grundsätzlichen Möglichkeit, alle daraus fließenden Befugnisse auch verwirklichen zu dürfen, trotz der bereits bestehenden Rechte. Dahin geht sein Schutzbedürfnis, denn andernfalls besäße er keine hinreichende Sicherung an der Sache. Wenn er nur in d e n Fällen dem Vorstehenden gegenüber sein Recht n i c h t a u s ü b e n kann, in denen er diesen beeinträchtigen würde, ist damit beiden Interessensphären Rechnung getragen. Die Bedürfnisse der verschiedenen an der Sache beschränkt Berechtigten sind bei dieser Ausgestaltung harmonisch aufeinander abgestimmt: Die Position des Vorrangigen ist ungefährdet; er ist vor jeglichen Eingriffen bewahrt. Insoweit besteht für ihn kein weiteres Schutzbedürfnis, so daß andererseits die Position des Nachrangigen unbedenklich dahingehend verstärkt sein kann, daß er grundsätzlich ungeachtet der vorstehenden Sachenrechte sämtliche dem dinglichen Recht inhaltlich zustehenden Herrschaftsbefugnisse ausüben kann (wie namentlich die Betreibung der Zwangsvollstreckung).

Mit diesem Ergebnis ist zugleich der Endpunkt einer konsequenten geschichtlichen Entwicklung erreicht. Die Ausgestaltung des Rangs war geprägt von zwei gegenläufigen Tendenzen: Verstärkung der Befugnisse des Nachberechtigten einerseits, Sicherung der wohlerworbenen Position des Vorrechts anderer-

seits¹⁵⁹⁾. Dem Rechnung tragend, hat das Bürgerliche Gesetzbuch diese beiden Interessenrichtungen in Einklang gebracht. In ihrem Spannungsfeld hat es dem Vorrangigen eine so starke Position wie nötig gegeben und das Recht des Nachrangigen so gering beschränkt wie möglich. Der Vorberechtigte hat nämlich einen Anspruch auf Nichtbeeinträchtigung in der Ausübung seines Rechts, andererseits besteht auch nur insoweit - nur bei Gefahr der Beeinträchtigung des Vorrechts - eine Ausübungsschranke für das mit gleichen Befugnissen ausgestattete Nachrecht.

4. Bisher wurde aufgezeigt, daß der Nachrangige seine vervielfältigten Befugnisse grundsätzlich ausüben darf und ihm nur bei Beeinträchtigungsgefahr eine Ausübungsschranke gesetzt ist. Von der Warte des Vorrangigen aus gestaltet sich diese Beziehung als allgemeines Recht, in seiner Rechtsverwirklichung in keiner Weise gestört zu werden. Erklärt wurde das bislang mit einem in den Einzelanordnungen über die Rangwirkungen zum Ausdruck gelangenden allgemeinen Rechtsgrundsatz und mit dem interessengerechten, historisch entwickelten Schutzzweck des Rangs. Eine genaue dogmatische Einordnung dieses allgemeinen Rechts auf Nichtbeeinträchtigung steht noch aus.

Namentlich Grunsky¹⁶⁰⁾ hat sich in einer eingehenden Erörterung der Ansprüche aus dem Rangverhältnis bemüht, sämtliche Ausstrahlungen des Rangs unter dem Gesichtspunkt eines von der Rechtsordnung besonders angeordneten gesetzlichen Schuldverhältnisses zu erfassen. Er geht davon aus, daß die Dinglichkeit der Rechte nicht eo ipso zwischen dinglichen Rechten ein Rangverhältnis mit daraus fließenden Ansprüchen begründet¹⁶¹⁾. Die "zweifellos" dem Vorranginhaber gegen seine nach-

159) Vgl. S. 44 ff., 153 ff.

160) S. 35 ff.

161) S. 5 ff., 22 ff.

gehenden Konkurrenten gewährten Ansprüche aus dem Rangverhältnis ließen sich, als notwendig schuldrechtliche Erscheinung, mangels vertraglicher Beziehung der Beteiligten denn nur verstehen als kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung geschaffenes gesetzliches Schuldverhältnis¹⁶²⁾¹⁶³⁾.

Es ist zuzugeben, daß im Rangverhältnis Rechte und Pflichten bestehen und daß dafür eine Erklärung gefunden werden muß. Freilich stellt sich Grunskys Konstruktion als ultima ratio¹⁶⁴⁾ dar. Als letztes Mittel sollte auf diesen Gedanken jedoch nur dann zurückgegriffen werden, wenn sich keine einfachere, sachnähere Konstruktion finden läßt. Zumal die Theorie einer zusätzlichen gesetzlichen Anordnung des Schuldverhältnisses etwas konstruiert wirkt. Denn es sind nirgends, weder im BGB noch im ZVG, besondere Regeln zu finden (wie etwa in §§ 1041 ff. für das Verhältnis Eigentümer-Nießbraucher), aus denen sich ausdrücklich positive Pflichten im Rangverhältnis ergäben. Insoweit ist eine besondere ausdrückliche gesetzliche Anordnung gerade nicht erkennbar.

Es läßt sich sehr wohl eine andere Konstruktion gewinnen, die zwanglos in der Lage ist, sämtliche Rangausstrahlungen zu erfassen. Es ist naheliegender und bietet sich eher an, die allgemeinen Rangwirkungen schon aus dem Wesen der Dinglichkeit abzuleiten. Damit wird als sachnähere Lösung der Tatsache Rechnung getragen, daß es um die Frage des Verhält-

162) S. 35 ff.

163) Die Ansprüche des Vorranginhabers müssen selbstverständlich ebenso als Folge eines Schuldverhältnisses zwischen den Ranginhabern verstanden werden, wenn man mit Breit (s. seine Monographie) das Rangverhältnis auch bei den dinglichen Rechten ohnehin als reines Schuldverhältnis wertet.

164) Jedoch ließe sich auch der Gedanke in Erwägung ziehen, ob nicht doch ein **vertragliches** Schuldverhältnis zwischen den Ranginhabern besteht. (Grunsky lehnt das ohne weiteres ab). Eine derartige Konstruktion erscheint insofern möglich, als die verschiedenen beschränkt Berechtigten i.d.R. jeweils zu dem Eigentümer in vertraglichen Beziehungen stehen. Daraus ließe sich u.U. über die Einschaltung der Person des Eigentümers ein Vertragsverhältnis auch zwischen den Ranginhabern selbst ableiten. Allerdings ist dieser Gedanke noch von keinem Autor weiter verfolgt worden. Im Ergebnis ist er auch zumindest deshalb abzulehnen, weil sich eine einfachere und sachgerechtere Konstruktion finden läßt. Dazu sogleich im Text.

nisses zweier echter dinglicher Rechte zueinander geht. Oben wurde erkannt, daß es sich bei dem materiellen Rang dieser Rechte um eine spezifische, nur den dinglichen Rechten eigene Rechtserscheinung handelt. Dann aber drängt es sich doch geradezu auf, nach einer allgemeinen Konstruktion der Wirkkraft zu suchen, die ihre Wurzel eben in der Dinglichkeit der Rechte findet. Letztlich muß die Entstehung des Rangverhältnisses zweier echter begrenzter Sachenrechte sich irgendwie aus dem Wesen der Dinglichkeit herleiten lassen, aus der besonderen ausschließlichen Zuweisung eines absoluten Rechts.

Sämtliche Rangwirkungen lassen sich aus der negativen Komponente der Dinglichkeit erklären. Aus der jedem Sachenrecht innewohnenden Abwehrbefugnis ergibt sich der allgemeine Anspruch des Rechtsinhabers, gegenüber jedweden rechtswidrigen Eingriffen Dritter geschützt zu sein. Zu den außenstehenden Dritten gehört insoweit auch der an der Sache beschränkt dinglich Naberechtigte. Zu diesem besteht von vornherein infolge der Ausschließungsbefugnis des Vorrechts ohne weiteres ein gesetzliches Schuldverhältnis. Aus diesem, durch die negative Wirkung der Dinglichkeit ausgelösten Rangschuldverhältnis ergeben sich zwei Komponenten der Rangwirkkraft: Zum einen die allgemeine Pflicht des Nachrangigen, sein Recht nicht zum Nachteil des Vorrechts auszuüben; so entsteht die dem Nachrecht durch das Vorrecht gesetzte Ausübungsschranke. Zum anderen entstehen für den Fall, daß der Nachrangige sich über diese Ausübungsschranke hinwegsetzt, also bei Beeinträchtigungen des Vorrechts durch das Nachrecht, klagbare Beseitigungsansprüche aus dem Rangschuldverhältnis.

Das ist im folgenden zu begründen. Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein: (a) die dingliche Ausschlußkraft muß Wesenselement jedes Sachenrechts sein; (b) aus der dinglichen Ausschließungsbefugnis müssen sich dingliche Ansprüche als Bestandteil eines gesetzlichen Schuldverhältnisses ergeben können, was in Anbetracht des Begriffs der Dinglichkeit Zweifeln unterliegt; (c) die dingliche Abwehrkraft muß

auch dem Nachrecht gegenüber erhalten bleiben und es verdrängen können, was angesichts der oben dargelegten Vervielfältigung und Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse problematisch erscheint; (d) es dürfen keine Bedenken dagegen bestehen, daß im Rangverhältnis auch Personenidentität eintreten kann (Vor- und Nachrecht in einer Hand).

Gleichgültig, welcher der zahlreichen, zum Verständnis des dinglichen Rechts entwickelten Konstruktionen¹⁶⁵⁾ man im einzelnen folgt¹⁶⁶⁾: Die negative Wirkung der absoluten Befugnis, rechtswidrige Einwirkungen Dritter auf die Sache auszuschließen, wird von sämtlichen Auffassungen anerkannt¹⁶⁷⁾¹⁶⁸⁾. Die äußere, negative¹⁶⁹⁾ Seite des dinglichen Rechts äußert sich ganz allgemein darin, daß es geschützt ist gegen jeden anderen, der das Recht irgendwie beeinträchtigt. Notwendiger Ausfluß der absoluten Wirkung des Sachenrechts (Zuweisung einer Sache an eine Person zur ausschließlichen Innehabung) ist die Befugnis des Rechtsinhabers, sich gegen jede Störung durch andere zur Wehr zu setzen¹⁷⁰⁾ und die Beseitigung dieser Beeinträchtigung zu

-
- 165) Vgl. etwa Kühne AcP 140, 11 ff.; Westermann § 2 I; Wolff-Raiser § 2 I; Staudinger-Seufert Sachenrecht Einl. Rdn. 2; Planck-Strecker Sachenrecht Vorbem. II 3; Dimopoulos-Vosikis AcP 167, 521 ff.
- 166) Auch Westermann § 2 II 1 mit seiner besonderen Theorie der doppelten Zuordnung kommt zu keinem anderen Ergebnis, da auch er die hier interessierende absolute Schutzfunktion als Folge der Zuordnung anerkennt.
- 167) S. etwa Mot. III S. 3; Rosenberg vor § 854 Einl. II 1; Planck-Strecker Sachenrecht Vorbem. II 4; Fuchs LZ 1918, 351 ff.; Wolff-Raiser § 2 I; Baur § 2 I a; Soergel-Mühl Sachenrecht Einl. Rdn. 8; Windscheid-Kipp S. 184 ff.; Palandt-Bassenge Einl. 2 a vor § 854.
- 168) Nach manchen Autoren ist das sogar die allgemeine begriffsnotwendige Ausstrahlung des dinglichen Rechts, s. etwa Fuchs (Grundbegriffe) S. 25 ff.
- 169) Zur Unterscheidung äußerer, negativer Wirkung von der inneren, positiven, vgl. etwa v. Tuhr I S. 133 ff.; Rosenberg S. 3.
- 170) Selbstverständlich nur innerhalb der inhaltsbedingten Grenzen seines Rechts nach Maßgabe der allgemeinen Wirksamkeit des Rechts.

verlangen¹⁷¹⁾). Von jedermann respektiert zu werden, bedeutet absoluten Klageschutz gegen jeden unrechtmäßigen Eingriff eines Dritten. Wäre die dingliche Wirkkraft nicht als Bestätigung gegen jeden, dessen Verhalten im Widerspruch zu den positiven Herrschaftsbefugnissen steht, ausgestaltet, wäre das Sachenrecht auch weitgehend entwertet und würde auf eine Stufe mit den rein personengebundenen Forderungsrechten absinken. Der Begriff des dinglichen Rechts ist demnach geprägt von dem Abwehrrecht, dem Ausschlußrecht gegenüber jedermann. Aus dem Verbot der Dritteinwirkung resultiert dann der allgemeine Nichtbeeinträchtigungsanspruch¹⁷²⁾, der sich bei Eingriffen in dingliche Ansprüche gegen jeden Störer des dinglichen Rechts konkretisiert. Als reine Abwehransprüche gehen sie grundsätzlich auf etwas Negatives. Sie können jedoch auch auf etwas Positives gerichtet sein, wenn der Anspruch auf Freihaltung von Beeinträchtigungen erst einmal verletzt ist und die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes nur durch eine positive Handlung des Verletzers möglich ist.

Bei diesen Ansprüchen und den korrespondierenden Pflichten handelt es sich um dingliche Erscheinungen¹⁷³⁾, nämlich um Ausflüsse der bei dinglichen Rechten durchaus möglichen Schuldverhältnisse als Folge der Dinglichkeit¹⁷⁴⁾¹⁷⁵⁾. Ihre

171) Für das Eigentum ist diese Ausschlußkraft deutlich an § 903 zu erkennen. Was die beschränkten dinglichen Rechte angeht, hat sie sich etwa niedergeschlagen in §§ 894 ff., 1027, 1065, 1090 II, 1134 I, 1192, 1227 BGB; § 11 I 1 ErbbauRVO.

172) Grundlegend a.A. Enneccerus-Nipperdey I § 73 I 2 und II § 222 II 1, wonach es strikt abzulehnen sei, die in jedem Recht enthaltene Befugnis, jedermann Störungen zu untersagen, als "Anspruch" zu werten.

173) Vgl. etwa allgemein Staudinger-Seufert Einl. 2 d zum Sachenrecht: "Der dingliche Anspruch setzt das Bestehen eines dinglichen Rechts voraus, ist also eine sachenrechtliche Erscheinung, obwohl in gewisser Weise schuldrechtlicher Natur".

174) S. etwa Bock S. 36 f.; Westermann § 2 III; Enneccerus-Nipperdey II § 222 II 1 u. § 223 I 2.

175) Letztlich wird hier die Frage berührt, inwieweit überhaupt die scharfe Trennung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten aufrechterhalten bleiben kann, s. dazu etwa Dulckeit passim; Baur § 2 I a; Schwerdtner S. 71 ff., 73 ff.

Entstehung verdanken sie letztlich der Dinglichkeit. Auf ihr beruhen sie, sind also vom dinglichen Charakter geprägt¹⁷⁶⁾, wenn sie auch nach außen hin als "Ansprüche", mithin etwas Schuldrechtliches, in Erscheinung treten¹⁷⁷⁾. Denn bei einem "Anspruch" als einem nicht aus sich selbst heraus bestehenden Phänomen muß es sich immer um Auswirkungen eines zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses, eben eines Schuldverhältnisses, handeln¹⁷⁸⁾. Und da dieses Schuldverhältnis automatisch aus dem Wesen des dinglichen Rechts (genauer: aus seiner negatorischen Abwehrkraft) folgt, muß es sich um ein gesetzliches handeln.

Diese Ausschlußkraft des dinglichen Rechts außenstehenden Dritten gegenüber bleibt, als ihrem Wesen nach notwendig gegen a l l e a n d e r e n Personen gerichtete negative dingliche Wirkkraft, auch dem nachstehenden dinglich Berechtigten gegenüber erhalten. Dieser wird, wie oben dargelegt, dem Vorberechtigten gegenüber als beliebige außenstehende Person behandelt. Aus dieser Abwehrbefugnis gegenüber jedermann ergibt sich dann auch dem Nachrangigen gegenüber der allgemeine dingliche Anspruch auf Nichtbeeinträchtigung. Aus der Dinglichkeit folgt dann insoweit zum Nachrangigen ein gesetzliches Schuldverhältnis mit den beiden Komponenten: (a) allgemeine Pflicht, sein Recht nicht zum Nachteil des Vorrangigen auszuüben; (b) positive Beseitigungsansprüche für den Fall, daß der Nachberechtigte durch seine Rechtsausübung doch die Ausübung des Vorrechts beeinträchtigen sollte¹⁷⁹⁾.

176) Zumal sie für und gegen Sonderrechtsnachfolger wirken, s. Bock S. 37.

177) Das muß um so mehr gelten, als heute nicht nur bei Verletzung des absoluten Rechts "dingliche" Ansprüche anerkannt sind, sondern sogar begrifflich für von vornherein mit dem Inhalt des dinglichen Rechts vereinbar gehalten werden; s. etwa Dimopoulos-Vosikis AcP 167, S. 515 ff.; Jost S. 2 - 4, 22; Staudinger-Seufert Einl. 2 d zum Sachenrecht; Westermann § 2 III; Palandt-Bassenge Einl. 5 c vor § 854.

178) Grunsky S. 35 u. 39 m.w.N.

179) Ebenso Bock S. 35 ff.; wohl auch Rüdiger S. 1, 87; Emmerich S. 305; Koch (Diss.) S. 38 f.

Dieses gesetzliche Schuldverhältnis¹⁸⁰⁾ soll zur Eingrenzung auf die Beziehung mehrerer Ranginhaber untereinander im folgenden als "Rangschuldverhältnis" bezeichnet werden¹⁸¹⁾.

Auf den ersten Blick scheinen eine Reihe von Bedenken dagegen zu sprechen, aus der dinglichen Abwehrkraft ein Rangschuldverhältnis abzuleiten. Zunächst fragt es sich, wie dies damit zu vereinbaren ist, daß doch auch dem Nachstehenden an sich die Ausschlußkraft seines dinglichen Rechts zustehen müßte. Denn wenn die Abwehrbefugnis gegen jedermann als für das dingliche Recht begriffsnotwendig erkannt wurde, müßte das doch ebenso für das Nachrecht und dessen Verhältnis zum Vorrecht gelten. Die Lösung dieses Problems erklärt sich so: Ebenso wie die positiven Herrschaftsbefugnisse (z.B. das Recht, die Zwangsversteigerung zu betreiben) sich vervielfältigen und überschneiden, ist das auch bei den negativen Machtbefugnissen der Fall. Jedoch brechen sich die Ausschlußrechte des Nachrangigen stets an denen des Vorrangigen, sind also im Verhältnis zum Vorrangigen stets unausübbar¹⁸²⁾, eben als Folge der früheren und damit ipso iure stärkeren Ausschlußkraft des Vorrechts.

Freilich könnte man auch versuchen, dieses Problem auf anderem Weg zu lösen, indem man sich auf den Standpunkt stellt, daß sich zwar die p o s i t i v e n Herrschaftsbefugnisse vervielfältigen, nicht aber die n e g a t i v e n , ausschließenden¹⁸³⁾. Nach dieser Konstruktion würde im Verhält-

180) Bock S. 37 u. passim bezeichnet es als "Legalschuldverhältnis", bzw. "Verdrängungsschuldverhältnis".

181) Freilich darf dieses gesetzliche Schuldverhältnis als Folge der Abwehrkraft des dinglichen Rechts nicht mit dem in aller Regel der dinglichen Rangbegründung zugrundeliegenden obligatorischen Rangbestellungsvertrag verwechselt werden. Auch jene Beziehung wird häufig als "Rangschuldverhältnis" bezeichnet, s. etwa Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1 a.E.

182) Also anders als die positiven, die ebenfalls durch die Abwehrkraft des Vorrechts gehemmt werden, aber nur insoweit in der Ausübung beschränkt sind, als sie das Vorrecht beeinträchtigen würden.

183) So anscheinend Hesse DFG 1938, 87: Die Abwehrfunktion sei dem Nachrecht "versagt", es sei ihm gegenüber insoweit "unwirksam".

nis zum Vorberechtigten dem Nachrangigen die Ausschlußkraft überhaupt nicht zustehen. Der Hebel würde also bereits eine Stufe früher angesetzt. Die Abwehrbefugnis würde von vornherein in der Entstehung gehindert, und nicht nur an ihrer Ausübung.

Dieser Weg erscheint jedoch nicht gangbar. Mit dieser Konstruktion würde man sich in Widerspruch setzen zur Vervielfältigung der Rechte. Denn falls die positiven Herrschaftsbefugnisse sich vervielfältigen und an sich jedem Ranginhaber gegeben sind, kann für die negativen, abwehrenden schlecht etwas anderes gelten. Mithin bleibt nur die Möglichkeit, der gegenseitigen Aufhebung der dinglichen Abwehrkräfte¹⁸⁴⁾ durch die hier entwickelte Konstruktion zu begegnen: Die an sich vorhandene Ausschlußkraft des Nachrangigen wird lediglich g e l ä h m t durch die sie insoweit verdrängende Ausschlußkraft des Vorrechts¹⁸⁵⁾. Diese Lähmung der Ausschlußkraft des Nachrechts durch die des Vorrechts ist aber notwendig. Denn wie soll die Abwehrbefugnis des Vorrechtes überhaupt Wirkkraft entfalten, wenn sie durch die entgegenstehende des Nachrechts praktisch ins Leere liefe, von ihr wieder außer Kraft gesetzt würde? - Das soll an einem Beispiel verdeutlicht werden: Ein vorrangiger Nießbraucher könnte gegen den ausübenden Nachstehenden bei Störungen in seinem Recht gem. § 1065 i.V.m. §§ 985, 1004 vorgehen. Andererseits könnte dann auch der Nachberechtigte seinerseits sich auf den Standpunkt stellen, daß jegliche Ausübung des Vorrechts zugleich einen Eingriff in sein Recht darstelle; und er könnte dann seinerseits von seinen Abwehransprüchen aus §§ 985, 1004 über § 1065 Gebrauch machen. Jede

184) Dazu würde es aber kommen, wenn der Rang als Mittel der Kollisionslösung keine Abhilfe schaffen würde.

185) Wie hier Bock S. 35 ff., insbesondere S. 36. Die anderen Autoren (außer Hesse a.a.O. in entgegengesetzter Richtung), die die Rangwirkung wohl ebenfalls als Folge der Ausschlußkraft auffassen, gehen gar nicht auf die Frage ein, ob die dingliche Ausschlußkraft dem Nachrangigen im Verhältnis zum Vorstehenden überhaupt nicht zusteht, oder ob sie insoweit nur ruht (vgl. Hirsch S. 35; Rüdiger S. 1, 87; Koch (Diss.) S. 38 f.; Emmerich S. 305).

Ausübung des einen Rechts würde jeweils dem anderen Rechtsinhaber einen Anspruch darauf geben, den Gebrauch des anderen Rechts zu unterlassen. Das aber kann nicht angehen. Insoweit muß notwendigerweise das Abwehrrecht des Vorrangigen das des Nachrangigen lähmen. Andernfalls ließe es sich, würde auch der Nachrangige gegen den Vorrangigen mit dem Abwehrrecht vorgehen können, überhaupt nicht verwirklichen. Die Folge wäre sonst eine unaufhörliche Kette wechselseitiger Ausschließungsansprüche. Es könnte niemand seinem Recht Geltung verschaffen. Das aber kann nicht im Interesse der Rechtsordnung liegen, kann nicht die von ihr gewollte "Lösung" sein.

Die Ausschlußkraft des Vorrechts bleibt also trotz der Vielfältigung der Herrschaftsbefugnisse erhalten¹⁸⁶⁾. Auch dem Nachrecht ist die Abwehrkraft an sich zu eigen. Jedoch wird sie im Verhältnis zum Vorrecht von vornherein gelähmt, da andernfalls diesem die Abwehrkraft geradezu entzogen wäre. Daß das aber nicht der Fall ist, folgt namentlich aus § 44 ZVG. Diese Vorschrift ist zu verstehen als Schutz vor Eingriffen in die dem Vorberechtigten einmal entstandene Position, also als Erhaltung der Abwehrbefugnis des Vorrechts dem Nachrecht gegenüber und damit insoweit als Lähmung der Abwehrkraft des Nachrechts.

Dagegen läßt sich auch nicht ins Feld führen, daß § 44 I ZVG auch bei mehreren Rechten derselben Person Anwendung findet, womit eindeutig bewiesen sei, daß dem Vorrecht die Abwehrkraft im Verhältnis zum Nachrecht genommen sei, da es in diesem Falle am notwendigen Anspruchsgegner für den Abwehranspruch fehle¹⁸⁷⁾. Dieser Fall ist sehr wohl damit zu erklären, daß die Abwehrkraft des Vorrechts bei Personenidentität einstweilen ruht. Auch die Berücksichtigung im geringsten Gebot spricht nicht gegen das "Ruhens"¹⁸⁸⁾ des

186) Im Ergebnis treten auch Bock S. 43 f. und Hesse DFG 1938, 87 ausdrücklich dafür ein, daß dem Vorrecht gegenüber dem Nachrecht die dingliche Abwehrkraft erhalten bleibt. S. auch Bock S. 35 ff.

187) So aber Grunsky S. 23 f.

188) Zur Konstruktion des ruhenden Rechts s. etwa Hirsch S. 148 ff.

Rechts; denn sie dient lediglich dazu, die Geltendmachung des vom Ersteigerer zu übernehmenden Vorrechts anderen Personen gegenüber in der Zukunft zu sichern. Also ist insoweit der Satz, daß niemand sein eigener Störer sein könne, nicht durchbrochen.

Des weiteren läßt sich nicht dagegen anführen, daß die Abwehrkraft sich eher dem Eigentümer gegenüber auswirken müßte als gegenüber dem Nachberechtigten¹⁸⁹). (Woran man freilich denken könnte, da der Eigentümer es in der Hand hat, weitere Belastungen zu bestellen.) Zwar schafft der Eigentümer erst die Voraussetzung für die Existenz des Nachrechts, jedoch stört er damit allein den Vorranginhaber noch nicht. Erst durch die dem Vorberechtigten zum Nachteil gereichende Ausübung des Nachrechts wird das Vorrecht beeinträchtigt. Zudem beherrscht der Eigentümer die Störungsquelle in der Ausübung des Nachrechts gar nicht, was ihn ebenfalls als Bezugspunkt der Abwehrkraft ausschließt.

Aus alldem ergibt sich, daß die dingliche Abwehrkraft des Vorrechts auch dem Nachrecht gegenüber erhalten bleibt und diesem gegenüber Wirkung entfalten kann¹⁹⁰). Aus dieser Abwehrkraft ergibt sich ohne weiteres das Rangschuldverhältnis zwischen den Ranginhabern. Das bedarf näherer Begründung.

Zunächst könnten bereits einige grundsätzliche Bedenken geltend gemacht werden gegen ein Schuldverhältnis gerade zwischen zwei Ranginhabern, namentlich wenn man sich in dieser Richtung den in der Praxis nicht seltenen Fall vor Augen hält, daß eine einzige Person mehrere verschiedenrangige Rechte innehaben kann. Dann müßten wir es mit einem Schuldverhältnis mit nur einer beteiligten Person zu tun haben.

189) Vgl. aber Grunsky S. 23.

190) Im Ergebnis ebenso: Bock S. 35 ff., 41 ff. Beiläufig Hirsch S. 35; Rüdiger S. 1, 87; Hesse DFG 1938, 86 f. Wohl auch Koch (Diss.) S. 38 f.; Wittkowsky S. 86; Emmerich S. 305.

Das aber ist zweifelhaft im Hinblick darauf, daß herkömmlicherweise das personenbezogene Schuldverhältnis als "Rechtsverhältnis zwischen zwei und mehr Personen" verstanden wird¹⁹¹⁾.

Dieses Hindernis kann nicht dadurch umgangen werden, daß argumentiert wird, die klagbaren Ansprüche aus dem Rangschuldverhältnis entstünden ja erst bei tatsächlicher Beeinträchtigung durch das Nachrecht und daran würde es eben bei Personenidentität fehlen. Nach der hier vertretenen Auffassung entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis aber sofort mit Bestellung des Nachrechts als Folge des allgemeinen Abwehranspruchs. Lediglich die sich daraus ergebenden klagbaren Beseitigungsansprüche entstehen erst mit tatsächlicher Beeinträchtigung.

Des weiteren könnte man auf den Ausweg verfallen, im Falle der Personenidentität einen von der allgemeinen Regel abweichenden Sonderfall zu sehen, in dem ausnahmsweise kein Rangschuldverhältnis entstehe¹⁹²⁾. Dieser Weg erscheint freilich problematisch. Denn nach allgemeiner Ansicht¹⁹³⁾ wird auch dann das Vorrecht im geringsten Gebot berücksichtigt, wenn der personengleiche Gläubiger lediglich aus dem Nachrecht die Zwangsversteigerung betreibt. Das zeigt aber deutlich, daß auch zwischen zwei Rechten desselben Inhabers sich die Wirkung des Rangschuldverhältnisses entfalten muß.

Auf diese Konstruktion auszuweichen, ist aber auch nicht nötig. Denn die Rechtsordnung kennt auch sonst durchaus Fälle, in denen ein Schuldverhältnis nicht notwendig mehrere Personen erfordert. In Berücksichtigung dieser Erkenntnis

191) S. etwa Schmitz JuS 1973, 161 m.w.N. in Fußn. 1.

192) Das müßte aber die Konsequenz sein für v. Tuhr I S. 124 u. Rosenberg Vorbem. I vor § 879, da ihnen zufolge das Rangverhältnis als Verhältnis von mehreren *I n h a - b e r n* zu verstehen ist. Dagegen Emmerich S. 74; vgl. auch Friedrich (Diss.) S. 4.

193) S. etwa Steiner-Riedel (7. Aufl.) § 44 Bem. 5 a.

hat Grunsky¹⁹⁴⁾ eingehend und überzeugend aufgezeigt, daß die Möglichkeit eines Rangverhältnisses auch zwischen zwei Rechten desselben Inhabers der Konstruktion eines allgemeinen Rangschuldverhältnisses nicht entgegensteht¹⁹⁵⁾. Dabei stützt er sich insbesondere auf das bei den meisten beschränkten Rechten zwischen Rechtsinhaber und Eigentümer entstehende gesetzliche Schuldverhältnis. Namentlich bei Vereinigung von Eigentum und beschränktem Recht in einer Hand ist an diesen Erscheinungen erkennbar, daß auch sonst im Privatrecht nicht selten Fälle auftreten, in denen das Schuldverhältnis nicht erlischt, wenn Schuld und Forderung sich vereinigen. Die Beteiligung nur einer Person erklärt sich dann so, daß die Ansprüche mangels eines Verpflichteten nicht untergehen, sondern nur ruhen¹⁹⁶⁾. Nicht aber ruht auch das zugrundeliegende Schuldverhältnis, das ganz normal weiter besteht. Mit § 241 S. 1 läßt sich dieses Ergebnis vereinbaren, indem man die Vorschrift so versteht: "Wenn an einem Schuldverhältnis verschiedene Personen beteiligt sind, so ist der Gläubiger kraft des Schuldverhältnisses berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern".¹⁹⁷⁾

Des weiteren läßt sich die hier aufgezeigte Konstruktion nur dann aufrechterhalten, wenn man die Möglichkeit eines Schuldverhältnisses bereits mit der Bestellung des Nachrechts akzeptiert. Denn nach hier vertretener Ansicht entsteht bereits mit der Existenz des nachrangigen Rechts ohne weiteres das Schuldverhältnis. Lediglich die daraus resultierenden klagbaren Beseitigungsansprüche sind von der konkreten Verletzungshandlung abhängig.

194) S. 35 ff. m.w.N.; s. ferner Hirsch S. 151 f.

195) Die Begründung Grunskys a.a.O. ist für die hier vertretene Ansicht vom Rangschuldverhältnis als Folge der dinglichen Abwehrkraft entsprechend verwertbar, wenn Grunsky diesen Entstehungsgrund des Rangschuldverhältnisses auch ausdrücklich ablehnt und das Rangverhältnis als besonders angeordnetes gesetzliches Schuldverhältnis versteht.

196) Zur Konstruktion des ruhenden Rechts s. etwa Hirsch S. 148 ff.

197) Grunsky S. 41.

Es mag dahinstehen, inwieweit dies im Normalfall bei absoluten Rechten zu akzeptieren ist. Ob bereits mit Entstehung des Rechts der allgemeine Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung von störenden rechtswidrigen Eingriffen Dritter entsteht oder ob es dazu erst noch einer Verletzungshandlung bedarf¹⁹⁸⁾. Jedenfalls rechtfertigt sich die automatische, sofortige Entstehung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen zwei Ranginhabern aus der besonderen Rechtslage in diesem Verhältnis¹⁹⁹⁾. Ein Indiz in dieser Richtung findet sich bereits in dem allgemeinen Rechtsgedanken, der in § 903 zum Ausdruck gelangt. Dort wird dem Eigentümer in der Entfaltung seiner Befugnisse durch die entgegenstehenden Rechte Dritter eine Schranke gesetzt. Damit wird zwischen ihm und dem begrenzt Berechtigten ein sofortiges Rechtsverhältnis begründet, demzufolge dem Eigentümer die Verpflichtung auferlegt ist, die Ausübung der Belastung hinzunehmen - mithin ein Schuldverhältnis²⁰⁰⁾. - Zwar wird hier die Auffassung vertreten, daß dem Eigentum gerade kein Rang zusteht. Insoweit verbietet es sich, diese Vorschrift unmittelbar heranzuziehen. Jedoch hat der ihr zugrundeliegende Gedanke über § 44 ZVG in das Verhältnis mehrerer beschränkter dinglicher Rechte zueinander Einlaß gefunden. Denn diese Vorschrift (s.o.) ist so zu verstehen, daß dem Nachberechtigten - innerhalb des zwischen den beschränkten Rechtsinhabern bestehenden Rechtsverhältnisses²⁰¹⁾ - von vornherein die allgemeine Pflicht auferlegt ist, den Vorberechtigten nicht zu beeinträchtigen. Diese Pflicht kann aber nur im Rahmen eines automatisch sofort entstehenden Schuldverhältnisses bestehen.

198) Vgl. Wolfram Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, Heidelberg 1961, S. 78 ff.

199) Bock S. 36 f. u. 43 ff. geht sogar als selbstverständlich davon aus, daß das "Legalschuldverhältnis" zwischen den Ranginhabern mit Existenz zweier Sachenrechte kraft des Abwehranspruchs des Vorrechts automatisch entsteht.

200) S. Bock S. 36 f.

201) Dazu, daß zwischen den Ranginhabern jedenfalls ein "Rechtsverhältnis" besteht, s. etwa v. Tuhr I S. 124; Rosenberg Vorbem. I vor § 879; Friedrich (Diss.) S. 4.

Daß entgegen allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein gesetzliches Schuldverhältnis nicht erst mit konkretem Eingriff in das absolute Recht des Vorrangigen entsteht, rechtfertigt sich überdies aus der besonderen Interessenlage im Rangverhältnis. Wegen der starken Einwirkungsmöglichkeit des Nachberechtigten auf das verhaftete Objekt (er kann z.B. jederzeit die Zwangsvollstreckung betreiben) besteht mit Bestellung der Belastung von vornherein die erhöhte Gefahr, daß ein Eingriff durch den Nachrangigen erfolgt. In Anbetracht dieser von Anfang an drohenden Beeinträchtigung ist bereits vor der effektiven Verletzungshandlung eine enge personen-gebundene Beziehung nötig, woraus die allgemeine Pflicht des Nachberechtigten resultieren muß, sein Recht nicht zum Nachteil des Vorstehenden auszuüben.

Zudem muß eine dogmatische Erklärung für die von vornherein bestehende Ausübungsschranke für das Nachrecht gefunden werden²⁰²). Denn wie soll die in der Praxis regelmäßig gegebene Situation verstanden werden, wenn der Nachrangige das Vorrecht nicht verletzt und sich daran hält, daß das Vorrecht ungestört verwirklicht wird? Bei dieser Fallgestaltung kann sich der Nachrangige nicht im rechtsfreien Raum bewegen. Vielmehr ist die Situation so zu deuten, daß der Nachrangige eben die - in der Ausübungsschranke Ausdruck findende - allgemeine Pflicht, das Vorrecht nicht zu beeinträchtigen, akzeptiert. Bei Wohlverhalten des Nachrangigen können keine klagbaren Beseitigungsansprüche zur Entstehung gelangen. Also bleibt nur die Möglichkeit, die rechtliche Erklärung für die freiwillige Duldung der Vorverwirklichung in dem allgemeinen Rangschuldverhältnis zu suchen²⁰³). Dieses Rangschuldverhält-

202) Daß der Vorrang eine Ausübungsschranke setzt, wird auch von verschiedenen anderen Autoren betont (s. etwa Hirsch S. 33 f.; Wittkowsky S. 42 f.; 85 f.; Straus S. 6 f.; Wussow S. 17; Friedrich (Diss.) S. 3; Schumacher S. 1 ff.). Freilich wird dort keine dogmatische Erklärung dafür abgegeben.

203) Diese Überlegung mag auch Bock S. 44 zugrunde liegen.

nis ist in der Lage, zwanglos sämtliche Rangausstrahlungen zu erklären: Zum einen die bei Bestellung des Nachrechts sofort entstehende Ausübungsschranke, das Nachrecht nicht zum Nachteil des Vorrechts auszuüben. Zum anderen die klagbaren Beseitigungsansprüche bei Verletzung dieser Ausübungsschranke, d.h. bei konkreten Störungen des Vorrechts.

Aus alldem ergibt sich, daß als Folge der dinglichen Abwehrbefugnis ein gesetzliches Rangschuldverhältnis entsteht²⁰⁴⁾. Dieses Rangschuldverhältnis ist von demjenigen, wie Grunsky²⁰⁵⁾ und Breit²⁰⁶⁾ es konstruieren wollen, streng zu unterscheiden²⁰⁷⁾²⁰⁸⁾.

Denkbar wäre auch, die Rangwirkungen dergestalt aus der dinglichen Abwehrkraft zu erklären, daß diese bereits aus dem dinglichen Recht *d i r e k t e* Ansprüche des Vorberechtigten gewähre. Dann bedürfte es grundsätzlich gar keines Schuldverhältnisses mehr. Die ruhende dingliche Abwehrlage würde grundsätzlich für die Erklärung der Rangwirkungen ausreichen, und allenfalls durch die Umformung der dinglichen Lage in einzelne Ansprüche zur Konkretisierung der dinglichen Ausschlußkraft im Einzelfall könnte ein aktives Schuldverhältnis entstehen.

204) Im Ergebnis wie hier: Bock S. 35 ff., 41 ff. Möglicherweise auch Rüdiger S. 1, 87, der die Rangwirkung aus dem "allgemeinen Anspruch auf Nichtbeeinträchtigung" ableitet.

205) S. 35 ff. als gesetzlich gesondert angeordnetes, gerade nicht aus der Dinglichkeit folgendes Rangschuldverhältnis.

206) Passim, insbesondere S. 7, 43, 50, 63, wonach der Rang auch bei dinglichen Rechten von vornherein lediglich eine schuldrechtliche, nicht auf die Dinglichkeit zurückzuführende Erscheinung darstellt.

207) Darüber hinaus finden sich häufig Stimmen, die ohne weitere Präzisierung von "Ansprüchen" aus dem Rang sprechen (s. etwa Müller (Diss.) S. 63; Junghans S. 94), bzw. von "Rechten" aus dem Rang (so etwa Wolff-Raiser § 42 vor I), bzw. einer "Reihe von Befugnissen" aus dem Rang (Koch (Diss.) S. 38 f.; ähnlich BGHZ 29, 233), bzw. vom Rang als "Berechtigung und Verpflichtung zugleich" (Koch (Diss.) S. 50); vgl. auch unten S. 204 f.

208) Ausdrücklich gegen ein Rangschuldverhältnis freilich Oberneck I § 40 Bem. 5 u. Brachvogel Gruchot 70, 472 f.

Mit dieser Betrachtungsweise würde die Bedeutung des Schuldverhältnisses in den Hintergrund gedrängt und ihm allenfalls noch eine untergeordnete Hilfsfunktion als Denkmodell für die Transformation des dinglichen Rechts in konkrete Ansprüche zugebilligt. Damit würde in letzter Konsequenz Neuland im Grenzbereich zwischen dinglichem Recht und schuldrechtlichem Anspruch betreten²⁰⁹⁾. Im Einklang mit dem überkommenen Verständnis von Ansprüchen nur im Rahmen eines bereits vorgegebenen Schuldverhältnisses wird hier davon ausgegangen, daß die Ansprüche aus dem Rangverhältnis sich als notwendig schuldrechtliche Erscheinung nur aus einem zugrundeliegenden Schuldverhältnis erklären lassen²⁰⁹⁾. Auch hier wird ja eine Unterscheidung zwischen (a) Ruhelage und (b) deren Aktivierung gezogen: (a) der zugrundeliegende allgemeine Anspruch des Vorrechts, nicht durch das Nachrecht beeinträchtigt zu werden, was sich als Ausübungsschranke auswirkt; (b) klagbare Beseitigungsansprüche bei Überschreiten dieser Ausübungsschranke durch konkrete Störung des Vorrechts.

Wie dargelegt, sind die Rangwirkungen in ihrer Gesamtheit zurückzuführen auf das zwischen zwei (und mehr) Ranginhabern ohne weiteres entstehende gesetzliche Schuldverhältnis, das Rangschuldverhältnis. Dieses wiederum wird bewirkt durch die dem dinglichen Recht seinem Wesen nach innewohnende negative dingliche Abwehrkraft, die es gegen jegliche rechtswidrige Eingriffe des Nachberechtigten schützt. Somit sind sämtliche Rangwirkungen letztlich als notwendige Folge der dinglichen Ausschließungsmacht des Vorrechts zu verstehen. Angesichts dessen ist der Rang seinem Wesen nach als notwendige gesetz-

209) Vgl. auch oben S. 172 f.

liche Folge der dinglichen Ausschlußkraft zu begreifen²¹⁰⁾²¹¹⁾. Denn die dingliche Abwehrkraft erhält dem Vorberechtigten seine durch den Nachrangigen unbeschränkbare volle Rechtsstellung, d.h. sie gewährt dem früheren Recht den Vorrang und verweist das spätere Recht gleichzeitig auf den Nachrang. Die gesamte Beziehung zweier Ranginhaber zueinander wird bewirkt durch die dingliche Abwehrbefugnis. Sie schafft das Rangverhältnis zwischen Vor- und Nachrecht, und sie gestaltet es aus.

III. Die Wirkungen des Rangs lassen sich nach alldem in ihrer Herkunft einheitlich erklären:

Der Rang äußert sich lediglich bei der Ausübung mehrerer echter begrenzter Sachenrechte am selben Objekt. Im Verhältnis zum Grundstückseigentümer zeigt er keine Wirkung. Er äußert sich nur bei der Ausübung der Belastungen untereinander. Das Rangverhältnis ist nicht unter die rechtstechnische Konstruktion der relativen Unwirksamkeit unterzuordnen. Vielmehr äußert sich der Rang in anderer Form in einer Reihe von ausdrücklich gesetzlich angeordneten Einzelwirkungen: namentlich im Zwangsversteigerungsgesetz, aber auch im Bürgerlichen Gesetzbuch - also außerhalb und innerhalb der Zwangsvollstreckung, sowohl bei Grundpfandrechten als auch bei son-

210) Ebenso Bock S. 35 ff., S. 41 ff.; ebenso Hirsch S. 35; ähnlich Hesse DFG 1938, 86 f.; wohl auch Rüdiger S. 1, 87 und Koch (Diss.) S. 38 f. Möglicherweise auch Brachvogel Gruchot 70, 472 f. Vgl. auch Emmerich S. 75 f. u. 305; Schumacher S. 3; Wittkowsky S. 86; Güthe ZDNotV 1911, 728 f.; Krückmann ArchBürgR 41, 338 ff. A.A. namentlich Grunsky S. 22 ff.

211) Das steht nicht im Widerspruch dazu, daß der Rang der beschränkten dinglichen Rechte im Laufe der Arbeit des öfteren als "aus Zweckmäßigkeitsgründen vom Gesetzgeber willkürlich geschaffene Erscheinung" dargestellt wurde. Auch die dinglichen Rechte selbst bilden keine der Rechtsordnung notwendigerweise vorgegebene Einrichtung; vielmehr hätte der Gesetzgeber kraft seiner Gestaltungsfreiheit ohne weiteres die dingliche Abwehrkraft jedenfalls im Verhältnis der beschränkten Sachenrechte untereinander ausschließen und wie im Schuldrecht das Präventionsprinzip einführen können. Insoweit bildet der Rang also doch eine auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende Entscheidung des Gesetzgebers.

stigen Belastungen. Aus dem Grundgedanken dieser gesetzlich ausdrücklich angeordneten Ausstrahlung des Rangs ist die Leitlinie der Rangordnung insgesamt abzuleiten: Der Vorranginhaber kann sein Recht voll ausüben, ohne jegliche Rücksichtnahme auf den Nachranginhaber, der insoweit als an der Sache nicht berechtigter außenstehender Dritter behandelt wird. Demgegenüber darf auch der Nachranginhaber von seinen vervielfältigten Befugnissen grundsätzlich Gebrauch machen; nur dann nicht, sofern er dadurch den Vorstehenden irgendwie in seiner Rechtsstellung beeinträchtigen würde. Die Ordnungsaufgabe des Rangs besteht

- (a) für das Vorrecht darin, sämtliche dinglichen Befugnisse auch dem Nachrecht gegenüber zu erhalten,
- (b) für das Nachrecht darin, die ihm seinem Inhalt nach voll zustehenden (vervielfältigten) dinglichen Befugnisse lediglich in der Ausübung insoweit zu beschränken, als das Vorrecht durch die Ausübung beeinträchtigt würde.

Mit anderen Worten: Die Ausübung des Vorrechts darf durch die Ausübung des Nachrechts nicht berührt werden; das Vorrecht darf das Nachrecht durch seine Ausübung beeinträchtigen, nicht aber umgekehrt. Schlagwortartig zusammengefaßt läßt sich die Wirkung des Vorrangs umschreiben: durch das Vorrecht gesetzte rein äußere Ausübungsschranke bei Gefahr der Beeinträchtigung des Vorrechts, ohne Einfluß auf Existenz des Nachrechts (kein bedingtes oder gar relativ unwirksames Nachrecht), ohne Einfluß auf Bestand des Nachrechts (keine Wertparzellenhaftung mit festen Stellen), ohne Einfluß auf die Befugnisse des Nachrechts (da Vervielfältigung der Rechte).

Die dogmatische Erklärung für sämtliche Rangwirkungen ist in der dinglichen Abwehrkraft zu finden²¹²⁾. Wegen der sich überschneidenden Herrschaftsbefugnisse können die verschiedenen Rechte in ihrer Ausübung kollidieren. Gelöst wird diese

212) § 44 I ZVG als praktisch wichtigster Ausfluß dieses Grundsatzes ist demnach so zu verstehen, daß der Versteigerungsbeamte die Abwehrkraft des dinglichen Rechts von Amts wegen zu berücksichtigen hat.

Kollisionslage durch die dingliche Ausschließungsbefugnis des älteren Rechts. Die jedem Sachenrecht wesensnotwendige dingliche Ausschlußkraft bleibt dem Vorrecht erhalten und entfaltet auch dem Nachrecht gegenüber Wirkkraft. Aus der dinglichen Ausschließungsbefugnis ergibt sich automatisch ein gesetzliches Schuldverhältnis bei mehreren begrenzten Sachenrechten. Dieses Rangschuldverhältnis äußert seine Wirkkraft in zwei Komponenten²¹³⁾: (a) Allgemeine Pflicht des Nachrangigen, sein Recht nicht zum Nachteil des Vorstehenden auszuüben, d.i. die durch das Vorrecht gesetzte Ausübungsschranke; (b) bei Hinwegsetzen über diese Ausübungsschranke, d.h. bei Beeinträchtigungen des Vorrechts durch das Nachrecht klagbare Beseitigungsansprüche²¹⁴⁾.

-
- 213) Daß die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in das Eigentumsrecht bei Verwirklichung des beschränkten Rechts entfällt, ist daneben keine besondere Wirkung des Rangs (so aber Grunsky S. 46), sondern liegt im Wesen des dinglichen Rechts allgemein begründet; dabei handelt es sich um die normale Wirkung eines jeden Sachenrechts, das inhaltlich gewisse Befugnisse gegenüber dem Eigentümer gewährt.
- 214) Dem Vorrangigen gegenüber haben sämtliche Nachrangigen die gleich schwache Position (im Ergebnis ebenso Grunsky S. 46 f.; Breit S. 45; Exner S. 519). Das folgt bereits aus dem Schutzzweck des (Vor-)Rangs, vor beeinträchtigender Ausübung eines j e d e n Nachrechts geschützt zu sein, gleichgültig, wie weit hinten das einzelne Nachrecht folgt, d.h. ohne Rücksicht auf die Reihenfolge der Nachrechte untereinander. Die Stellung des Vorrangberechtigten muß in jedem Fall gleichermaßen geschützt werden.

C. Kritische Würdigung der verschiedenen Auffassungen von der Rechtsnatur, dem Wesen des Rangs in Literatur und Rechtsprechung

Bislang wurden Erkenntnisse gewonnen über die Ordnungsaufgabe des Rangs (rechtstechnisches Mittel zur Lösung der Kollision mehrerer echter begrenzter Rechte am selben Gegenstand), über die Art und Weise der Erfüllung dieser Funktion (Wirkkraft als Ausübungsschranke mit evtl. klagbaren Beseitigungsansprüchen) und über die dogmatische Ableitung der Wirkkraft (dingliche Abwehrkraft mit daraus fließendem Rangschuldverhältnis). Erst diese Erkenntnisse ermöglichen es, auf die Rechtsnatur des Rangs einzugehen. Auf eine Stellungnahme zu dieser seit altersher¹⁾ lebhaft umstrittenen Frage kann auch nicht verzichtet werden²⁾³⁾. Und zwar schon deshalb, weil die Ausgestaltung des Rangs als Vorfrage für die Konstruktion der Rangänderung und des Rangvorbehalts von Bedeutung ist. Überdies bildet der Rang auch keine der Rechtsordnung in Entstehung und Aufbau vorgegebene Erscheinung, sondern ein in seiner Struktur vom Gesetzgeber willkürlich geregeltes Rechtsinstitut⁴⁾⁵⁾ (das aber vom historischen Gesetzgeber nicht näher bestimmt wird⁶⁾).

-
- 1) Zum Meinungsstand im älteren Recht vgl. die Übersicht in der Einleitung. Im übrigen Überblicke bei: Schnitzler S. 16 ff.; Eickhoff S. 10 f.; Bolik S. 82 f.; Koch (Diss.) S. 41 ff.; Exner S. 492 ff.; Windscheid-Kipp S. 1243; Lang S. 333 ff.; Achilles-Strecker S. 193 ff.; v. Bar AcP 53, 374 ff.; Küntzel Gruchot 26, 69 ff.; Rudolph SächsArch. 2, 193 ff.; Kornitzer GrünhutsZ 17, 657 ff.
 - 2) Ausdrücklich ebenso Enss S. 11; Woldering S. 55 f.; Grunsky S. 27.
 - 3) Der Streit über die Rechtsnatur wird aber für überflüssig gehalten von: Walsmann S. 88 Fußn. 2; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1 a; Baur § 17 A I 3; Schumacher S. 4; Westermann (Schwerpunkte) § 14 I 2.
 - 4) Oben S. 8.
 - 5) Für die Entstehung (nicht aber die Ausgestaltung) früher a.A. Exner S. 463 f.
 - 6) Bereits in der Einleitung wurde dargelegt, daß in den Materialien zum BGB, ZVG und GBO keine nähere Auskunft über die dogmatische Struktur des Rangs gegeben wird, s.o. S. 9-14.

- I. 1. Die h.M.⁷⁾ geht davon aus, daß der Rang zum *I n h a l t* der beschränkten dinglichen Rechte gehöre. Nur auf diesem Wege meint sie, Herkunft und Wirkkraft des Rangs zwanglos erklären zu können. Dabei kann sie sich freilich auf eine althergebrachte Tradition stützen. Bereits lange vor Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde der Rang, namentlich im Römischen Recht, überwiegend als unübertragbarer Bestandteil eines Rechts, mithin als eine dem Sachenrecht innewohnende Befugnis gewertet⁸⁾.

-
- 7) Wohl im Anschluß an die bereits im älteren Recht herrschende Auffassung vom Rang als Bestandteil des Rechts (S. 2, 3) wird diese Ansicht bereits in den Beratungen zum BGB vertreten (unbekannter Antragsteller in Prot. VI S. 556) und schiebt sich nach dessen Inkrafttreten von Anfang an in den Vordergrund, s. Strecker S. 79; Koch (Diss.) S. 45 ff.; Müller (Diss.) S. 63 ff.; Maenner S. 64 Fußn. 17; Endemann S. 50; Goldmann-Lilienthal S. 245, 248 f.; Emmerich S. 74 Fußn. 2; Wagner S. 10 f.; Fuchs I § 879 Bem. 1, § 880 Bem. 11; Turnau-Förster I § 880 Anm. I. Mit der zunächst eingetretenen Beruhigung des Streits um die Rechtsnatur des Rangs kommen in der Folgezeit nur noch wenige Autoren hinzu, s. Breit S. 28, 107; Enss S. 11 ff.; Schmittens S. 33; Weinberg LZ 1931, 17; Fischer-Henle-Titze § 880 Bem. 2, § 877 Bem. 1; Sattelmacher-Müller § 880 Anm. 1 A; Keidel § 877 Anm. 2, § 880 Anm. 3. Erst in jüngster Zeit wird die h.M. wieder häufiger hervorgehoben, s. Eichler II 2 S. 358; Kreher BWNotZ 41, 202; Wolff-Raiser § 42 vor I; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1 a; RGRK-Pritsch § 877 Anm. 10 u. 37, § 880 Anm. 3; Baumann JR 1957, 416; Grunsky S. 26 ff.; Scheuerer S. 18; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 5 a; Schmidt BWNotZ 1968, 280; Meikel-Inhof-Riedel § 45 Bem. 74; Zagst S. 78; Studienkommentar-Wolf § 880 Bem. 1; Harms S. 249.
 - Dem Inhalt gleichzustellen: Eichler I S. 103; Westermann § 80 I 3; Thürmann JuS 1976, 382. LG Siegen DNotZ 1964, 616.
 - Der Wirkung nach Faktor des Rechtsinhalts: Baur § 17 A I 3.
 - Bedingung des Inhalts: Wolf S. 268.
 Aus der Rechtsprechung: BayObLGZ 9, 367 (370); BayObLG SeuffBl. 1908, 942; BayObLG Recht 1909 Nr. 956; BayObLG OLGRspr. 18, 108 (109); BayObLG RJA 9, 266 (268); OLG München ZBlFG 9, 187 (188) (dagegen aber BayObLG RJA 15, 75, OLGRspr. 31, 301; eingeschränkt abweichend auch BayObLGZ 1932, 774; 1956, 461).
 OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 1603; LG Braunschweig Rpfleger 1972, 365; KG Recht 1906, 182 f.; KGJ 45, A 293; KG HRR 1935 Nr. 114; KG ZDNotZ 1930, 757; BGHZ 29, 230 (235). - Wohl auch BGHZ 21, 98 (100).
- 8) Vgl. die in der Einleitung angeführten Stimmen (deutlich gegen den Rang als Inhaltsbestandteil, soweit ersichtlich, nur Exner S. 464 f., 518; Kornitzer GrünhutsZ 17, 666 f.).

Auf die von der h.M. im einzelnen herangezogenen Argumente braucht nicht näher eingegangen zu werden. Die hier entwickelte Auffassung spricht von vornherein dagegen, den Rang als Bestandteil des Rechtsinhalts aufzufassen. Der Rang kann nicht zu der "Gesamtheit der aus dem Rechte fließenden und mit ihm verknüpften Befugnisse und Pflichten"⁹⁾ gehören. Aus der hier zum Wesen der begrenzten dinglichen Rechte vertretenen Theorie von der Vervielfältigung und Überschneidung sämtlicher Herrschaftsbefugnisse folgt notwendig, daß der Rang nicht zum Inhalt gehören kann. Die Machtbefugnisse sämtlicher an der Sache Berechtigter sind - unabhängig vom verschiedenen Rang - an sich g l e i c h . Dem Nachstehenden ist lediglich im Innenverhältnis, zur Lösung der Kollision der Herrschaftsrechte, eine A u s ü b u n g s - s c h r a n k e gesetzt. Diese Beschränkung in der Verwirklichung, in der Konkretisierung der Herrschaftsbefugnisse berührt aber den gleichbleibenden Inhalt des Rechts nicht. Auch dem Nachberechtigten stehen trotz seines unterschiedlichen Rangs die g l e i c h e n B e f u g n i s s e am gemeinsam belasteten Objekt zu - also gleicher Inhalt. Erst auf einer späteren Stufe setzt die Rechtsordnung den Hebel an, um die Kollision - die gerade aus dem gleichen Inhalt folgt - zu lösen, indem sie lediglich die Ausübung beschränkt, nicht aber bereits den Inhalt beeinflusst. - Inhalt und Ausübung sind zwei verschiedene Tatbestände: Der erste gibt an, welche Machtbefugnisse einem Berechtigten abstrakt zustehen; bei letzterem handelt es sich darum, von diesen abstrakten Befugnissen konkret Gebrauch zu machen. Der Rang beantwortet nur letztere Frage, wie nämlich die Kollision bei der A u s ü b u n g geregelt wird.

Für den Rang als reine Ausübungsschranke, die den Inhalt unberührt läßt, ist auch anzuführen, daß es sich beim Rang um eine vom Bestehen der vorausgehenden Rechte abhängige, also

9) So wird von der allgemeinen Ansicht der - vom Gesetz selbst nicht definierte - Inhalt des Rechts verstanden, s. etwa KGJ 50, A 182 (185); Staudinger-Seufert § 877 Rdn. 2.

rein zeitweise, wechselbare Hemmung für das Nachrecht handelt. Im Interesse der Rechtssicherheit ist aber davon auszugehen, daß die Grundstücksrechte einen bestimmten, vorgegebenen und fest umrissenen Inhalt haben. Der feststehende Inhalt kann kaum den nicht voraussehbaren vielfältigen Wechselfällen der Zukunft unterworfen sein wie eine reine Ausübungsschranke. Für den Inhalt ist das Moment des Unabänderlichen, von vornherein Festliegenden wesentlich, für eine Ausübungsschranke dagegen das Element der Veränderlichkeit je nach konkreten äußeren Umständen.

Nur auf Grundlage der oben abgelehnten Eigentumssplittentheorie, der Wertparzellenhaftung und der festen Stellen schiene es ohne weiteres einleuchtend, den Rang als Inhaltsbestandteil zu betrachten. Denn dann wäre jedem beschränkt Berechtigten von vornherein ein fest umrissener, eigenständiger Teilbereich aus dem Herrschaftsraum zugewiesen. Jeder Rechtsinhaber wäre a priori beschränkt auf einen bestimmten Wertbereich als Teilverhaftung und auf eine unabänderliche feste Stelle verwiesen. Dann wären die Herrschaftsbefugnisse der Ranginhaber von vornherein ein für allemal fest bestimmt, so daß es naheläge, auch den Rang als fest umrissenen Inhaltsbestandteil aufzufassen. Bei rein zufälligen, wechselhaften Rangkonstellationen kann der Rang nur als dynamische, flexible Ausübungsschranke gewertet werden, nicht aber als statischer, feststehender Teil des Rechtsinhalts.

Die Natur des Rangs als reine Ausübungsschranke steht demnach der Annahme im Wege, bei ihm handele es sich um einen Bestandteil des Rechtsinhalts¹⁰⁾. Die gleichen Befugnisse aller Ranginhaber bedingen einen gleichen Inhalt sämtlicher

10) Im Ergebnis ebenso: Hirsch S. 32 ff., 43 f., 219 f., 415. Wohl auch Bock S. 36, 50 f.; v. Tuhr II 2 S. 558 f., Wussow S. 17; Friedrich (Diss.) S. 3 f.; Kretzschmar ZBlFG 18, 145; Wittkowsky S. 85 ff.; Schumacher S. 1 ff.; Junghans S. 8. Vgl. auch Wolf S. 268; Exner S. 464 f., 518; Krückmann ArchBürgR 41, 338 ff.

rangtragender Rechte¹¹⁾. Gleicher Inhalt schließt aber aus, daß der - verschiedene - Rang Bestandteil des Rechts selbst sein kann¹²⁾¹³⁾.

Des weiteren wurde an anderer Stelle¹⁴⁾ bereits eingehend dargelegt, daß ein Recht allein nicht mit der Entstehung sofort einen Rang erhält. Dazu bedarf es vielmehr des Hinzutretens mindestens eines weiteren kollidierenden Rechts. Aus dem für den Rangbegriff wesentlichen Element der Relativität ergibt sich zwingend, daß Rang der Rechte nur bei Zusammentreffen mehrerer Rechte entstehen kann. Damit geht es nicht an, den Rang als Rechtsinhalt zu verstehen. Denn solange nur eine Belastung - ohne Rang - an der Sache besteht, würde es insoweit am Inhalt des Rechts noch fehlen. Der Rechtsinhalt als absoluter, bereits mit der Entstehung des Rechts notwendig feststehender Begriff muß aber den Rechten s t e t s gegeben sein - unabhängig davon, ob nur eine Belastung oder mehrere an der Sache bestehen. Der Rang kann nicht einmal zum Rechtsinhalt gehören (bei mehreren Rechten), das andere Mal aber nicht (bei einem alleinstehenden Recht)¹⁵⁾.

Schließlich wurde bereits dargetan, daß der Rang erst mit der Existenz der Rechte entstehen kann, denen er anhaftet; für sich allein, losgelöst von den Rechten kann er nicht bestehen. Wollte man den Rang als Inhaltsbestandteil verstehen, müßte der Rangvorbehalt in § 881 als Vorbehalt eines Teiles eines noch nicht bestehenden Rechts aufgefaßt werden. Das aber geht nicht an, da der Rang eben erst mit dem Recht

11) Dagegen freilich Grunsky S. 27.

12) Diese Begründung klingt ebenfalls an bei Boehm Recht 1908, 740; Rosenberg Vorbem. I vor § 879; Crome S. 707; Walsmann S. 88 S. auch Hesse DFG 1938, 86 f.

13) Haupt S. 2 f. und wohl auch Boehm a.a.O. gehen sogar davon aus, daß der Inhalt eines Rechts sich ohnehin von vornherein nur im Verhältnis zum Eigentümer äußern könne. Kretzschmar a.a.O. meint entsprechend, daß der Inhalt sich stets nur im Verhältnis zum Eigentümer und außenstehenden Dritten zeigen könne.

14) S. 98 ff.

15) S. auch Wussow S. 20.

selbst entstehen kann¹⁶⁾.

Ferner entsteht der Rang nach der hier vertretenen Auffassung bei zwei und mehr Rechten automatisch, nämlich als Folge der dinglichen Ausschlußkraft des Vorrechts, d.h. ohne daß die beiden Ranginhaber sich darüber irgendwelche Gedanken machen müßten. Demgegenüber wird der Inhalt eines Rechtes aber - im Gegensatz zum Rang als derartiger willens-unabhängiger Erscheinung - in aller Regel rechtsgeschäftlich vereinbart¹⁷⁾.

Gegen die Wertung des Rangs als inneres Element, als Inhaltsbestandteil der Rechte ist schließlich ins Feld zu führen, daß der Rang zu verstehen ist als das jeweils veränderliche, äußere Verhältnis eines Rechts zu den übrigen begrenzten Rechten an der Sache¹⁸⁾. Nicht jedes Recht erhält ja als alleinstehendes ohne weiteres mit seiner Begründung einen Rang. Für das Entstehen einer Vorrang- Nachrang- beziehung - eben des Rangverhältnisses - bedarf es vielmehr des Hinzutretens mindestens eines weiteren Rechts. Das Rangverhältnis ist also von der Äußerlichkeit des weitgehend rein zufälligen Zusammentreffens mehrerer Rechte am selben Objekt abhängig. Der Rang als wechselhafter Komplex von rein äußeren Beziehungen zu anderen Rechten kann aber nicht mit dem fest umrissenen Inhalt jeweils eines einzelnen Rechts identisch sein.

-
- 16) S. auch Friedrich (Diss.) S. 5 u. 97; dagegen freilich Grunsky S. 27.
- 17) In dieser Richtung auch Hirsch S. 35; Planck-Strecker Vorbem. 3 zu §§ 879-881; Haupt S. 3; Henze S. 7 f. Ausdrücklich dagegen freilich Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1 a und Grunsky S. 26.
- 18) Mit ähnlicher Begründung wird die Eigenschaft des Rangs als Inhaltsbestandteil ebenfalls abgelehnt von: Kretzschmar ZBLFG 2, 717; Kretzschmar § 879 Bem. 4; Kretzschmar ZBLFG 18, 145 f.; Rosenberg Vorbem. I vor § 879; Hoche JuS 1962, 63 Fußn. 14; Westermann § 80 I 3; Erman-Westermann § 879 Rdn. 1; Westermann (Schwerpunkte) § 14 I 2; Schumacher S. 4; Staudinger-Kober bis 10. Aufl. § 879 Rdn. 1; BayObLG OLGRspr. 31, 301; BayObLG RJA 15, 74 (75); vgl. auch Exner S. 464 f., 517 f.

Schließlich gehen auch der historische Gesetzgeber und das Gesetz selbst davon aus, daß der Rang mit dem Inhalt des Rechts nichts zu tun hat. Aus den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens ergibt sich, wie in der Einleitung¹⁹⁾ dargelegt, nicht, daß der Rang zum Inhalt gehört, obwohl doch diese Vorstellung im Laufe der Beratungen zur Diskussion gestellt wurde. Und auch nach der Gesetzesaussage selbst wird der Rang mehrfach *n e b e n* dem Inhalt erwähnt und diesem gerade als nicht-identisch gegenübergestellt (vgl. § 883 I 1; Art. 184 S. 1, 189 I, II EGBGB)²⁰⁾. Zudem wäre es recht unverständlich, wieso der Gesetzgeber in § 880 eine besondere Regelung für die Rangänderung geschaffen hat, obwohl doch für die *I n h a l t s* Änderung bereits die allgemeine Vorschrift des § 877 genügen würde²¹⁾²²⁾.

Aus alldem ergibt sich, daß der Rang außerhalb des Rechtes steht²³⁾ und entgegen der h.M. nicht zum Inhalt der Rechte

19) S. 12 f.

20) Darauf stützen sich ebenfalls Boehm Recht 1908, 740; Planck-Strecker Vorbem. 3 vor §§ 879 - 881; Hirsch S. 35 f.; Kretzschmar ZBlFG 18, 145 f.; Friedrich (Diss.) S. 5; Rosenberg a.a.O.; Bock S. 47; Haupt S. 3; Junghans S. 10; Wolf S. 269. Grunsky S. 28 hält dieses Indiz freilich für nicht ausschlaggebend. Vgl. auch Straus S. 10 f.

21) Ähnlich Boehm Recht 1908, 740; Kretzschmar a.a.O.; Planck-Strecker a.a.O.; Wussow S. 20 f.; Rosenberg a.a.O.; Haupt a.a.O.; Bock S. 47 f.; Junghans S. 10.

22) Dagegen aber Grunsky S. 27.

23) S. dazu auch Friedrich (Diss.) S. 4; Rosenberg a.a.O.; Kretzschmar a.a.O.; Richter (Diss.) S. 8; Staudinger-Kober a.a.O.

gezählt werden kann²⁴⁾²⁵⁾.

Die gleichen Gründe sprechen gegen eine starke Mindermeinung²⁶⁾, wonach der Rang zwar nicht zum Rechtsinhalt im eigentlichen Sinne gehöre, aber doch unter den *Inhalt* im weiteren Sinne falle. Gegen diese Auffassung läßt sich im übrigen auch anführen, daß der einheitliche Begriff des Inhalts kaum in zwei Bereiche (eng und

-
- 24) Im Ergebnis ebenso: Kretzschmar ZBlFG 2, 717 u. 18, 145 f.; ders. § 879 Bem. 4; O.v.Gierke II § 166 Fußn. 13; Böhm a.a.O.; Crome S. 137, 707; Walsmann S. 88; Hirsch S. 32 ff., 43 f., 219 f., 415; Predari § 45 Bem. 7 a; Krückmann ArchBürgR 41, 339; Warneyer-Buchwald § 879 Bem. I; Planck-Stracker Vorbem. 3 zu §§ 879 - 881, § 880 Bem. II 1; Friedrich (Diss.) S. 4 f., 95; Rosenberg a.a.O., Horn S. 67; Bock S. 47 ff.; Wussow S. 16 ff., 26; Haupt S. 2 f.; Soergel, 3. Aufl. 1923, § 879 Bem. 1; Hoche a.a.O.; Sottung S. 37; Woldering S. 57 f.; Junghans S. 10; Schumacher S. 4; Wolf S. 268 f.; Lange (Sachenrecht) S. 97; Westermann (Schwerpunkte) § 14 I 2; Thürmann JuS 1976, 382; Gernhuber S. 73; Bay ObLG RJA 15, 75; BayObLG OLGRspr. 31, 301. - Wohl auch Richter S. 8; Wittkowsky S. 85 ff.; Westermann § 80 I 3; ders. JZ 1956, 656; Erman-Westermann § 879 Rdn. 1. - Vgl. auch Exner S. 464 f., 518; Wagner S. 10 f.; Oberneck I § 41 Bem. 1; RGZ 85, 225 (229).
- 25) Erst recht geht es nicht an, den Rang als wesentlichen Bestandteil eines Rechts entsprechend § 93 anzusehen (so aber Breit S. 87, 107). Auch handelt es sich beim Rang nicht um einen "integrierenden Bestandteil des Liegenschaftsrechts" (so aber Eichler I S. 103). Auch nicht um einen "unselbständigen Bestandteil des Grundpfandrechts" (so Galewski S. 22).
- 26) Wegen ihrer Bedenken, den Rang völlig mit dem Inhalt gleichzusetzen, verfielen auf diesen "Ausweg" schon kurz nach Inkrafttreten des BGB Oberneck I S. 345; Straus S. 10 - 12; Güthe ZDNotV 1911, 728 f.; ders. JW 1912, 615; Güthe-Triebeil § 45 Rdn. 19; Güthe (Grundlagen) S. 78. Später wurde diese Vorstellung aufgegriffen von Hesse DFG 1938, 86 f.; Staudinger-Kober a.a.O.; Hennig S. 6 f. In jüngerer Zeit dahingehend nur noch Eichler I S. 103; Horber § 45 Anm. 2 a; Palandt-Bassenge § 877 Bem. 2 b; Bleutge Rpfleger 1974, 388. Aus der Rechtsprechung KGJ 34, A 244; KG RJA 9, 54; 12, 258; 13, 257 f.; KG SeuffBl. 1907, 905; KG Recht 1907 Nr. 2304; KG OLGRspr. 15, 333; BayObLG LZ 1932, 774; BayObLGZ 1956, 461. S. auch Woldering S. 58; Koch (Diss.) S. 51; Unterreit-mayer Rpfleger 1960, 84.

weit) aufgeteilt werden kann. Ein Tatbestand kann nur zum Inhalt gehören oder nicht. Etwas Drittes, den "Inhalt im weiteren Sinne", gibt es nicht²⁷⁾.

Ebensowenig überzeugt eine mitunter vertretene Auffassung, daß der Rang als *i n h a l t l i c h e E i g e n - s c h a f t* ²⁸⁾, bzw. als Inhalt und Eigenschaft zugleich zu verstehen sei²⁹⁾³⁰⁾. Dabei mag dahingestellt bleiben, ob es sich bei dieser Vorstellung nicht um einen Widerspruch in sich handelt, ob sich nicht Inhalt und Eigenschaft begrifflich gegenseitig ausschließen³¹⁾. Jedenfalls lassen sich die gleichen Gründe, die oben gegen den Rang als Inhaltsbestandteil herangezogen werden, auch gegen diese Ansicht ins Feld führen.

2. Aber auch jene Stimmen in Rechtsprechung und Literatur³²⁾³³⁾³⁴⁾, die den Rang gerade nicht für einen Inhaltsbestandteil, sondern nur für eine dem Recht anhaftende *E i g e n s c h a f t* halten, passen nicht nahtlos in den Rahmen der hier entwikk-

27) Ebenso Bock S. 51.

28) So aber KGJ 40, A 241 (245); Güthe-Triebel II S. 1890; Siméon-David S. 64.

29) Breit S. 107; Straus S. 10 ff.; Koch (Diss.) S. 52; Müller (Diss.) S. 63; v. Tuhr I § 13 II; Eichler II 2 S. 358.

30) Maenner S. 65 Fußn. 24 hält den Rang im Falle des § 880 für eine Eigenschaft, während er (S. 67 Fußn. 17) im Falle des § 879 III den Rang zum Inhalt rechnet.

31) Bedenken in dieser Hinsicht bei Bock S. 52; dagegen hält Grunsky S. 28 es für durchaus möglich, daß auch eine Eigenschaft zum Rechtsinhalt gehört.

32) Loewenwarter § 879 Anm.; Walsmann S. 88; Reichel S. 58; Breit S. 5, 8; Fischer-Schäfer S. 159; Kretzschmar ZBlFG 18, 145; Friedrich (Diss.) S. 6; Jaeckel-Güthe § 11 Rdn. 3; Bock S. 52; RGRK-Pritsch § 879 Anm. 1; Hoche JuS 1962, 63 Fußn. 14; Schumacher S. 4; Junghans S. 8 f., 92; Löscher S. 24; RG JW 1933, 605 (606).

33) Walsmann S. 87 ff. und Kohler S. 401 sprechen synonym von "Qualität".

34) Nach Enneccerus-Nipperdey II § 168 Fußn. 16 und RGZ 149, 238 bildet der Rang eine Eigenschaft i.S.d. § 119 II. Nach RG DNotZ 1934, 618 f.; RG HRR 1934 Nr. 1009; Bleutge Rpfleger 1974, 388 Fußn. 11 und Palandt-Bassenge Überbl. 7 vor § 873 ist der Rang als rechtliche Eigenschaft i.S. des Kaufrechts aufzufassen. Für die Erfassung der *s a - c h e n r e c h t l i c h e n* Ausstrahlungskraft des Rangs ist damit nichts gewonnen.

kelten Auffassung. Einmal wurde bereits dargelegt, daß der Rang außerhalb der Rechte steht. Für den Begriff der "Eigenschaft" scheint aber ein gewisses inneres Moment charakteristisch zu sein. Darüber hinaus wird durch den Rang ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen mehreren Rechten geschaffen; als Gesamtheit von Rechten und Pflichten in einem Schuldverhältnis kann er gerade nicht als einem einzelnen Recht anhaftendes Attribut angesehen werden. Überdies erscheint die Umschreibung als Eigenschaft für eine genaue rechtliche Erfassung des Rangs ohnehin kaum brauchbar³⁵⁾. Denn was soll darunter überhaupt zu verstehen sein? Unabdingbare Voraussetzung wäre doch zumindest, zunächst einmal den Begriff Eigenschaft auszuloten. Zumal der Ausdruck der "Rechtseigenschaft" der Rechtsordnung ohnehin nicht geläufig ist. Nur zu einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Rangbedeutung im Verkehrsleben kann die Charakterisierung als "Eigenschaft" einen Beitrag leisten, indem man nämlich den Rang als wertbestimmende Eigenschaft eines Rechts versteht. Und daran ist in der Tat nicht zu zweifeln, daß der Rang, als ausschlaggebender Faktor für den Grad der Realisierbarkeit einer Grundstücksbelastung, für die Wertschätzung eines Rechts in der Verkehrsanschauung eine bedeutsame Rolle spielt. Zur Umschreibung der tatsächlichen Aussichten auf Verwirklichung eines Sicherungsrechts kann durchaus davon gesprochen werden, daß ein Recht eine bestimmte rangabhängige Werteigenschaft besitzt. Unter rechtlichem Aspekt ist damit freilich wenig gewonnen³⁶⁾.

Breit, der den Rang ebenfalls als wertbestimmende Eigenschaft definiert³⁷⁾, geht im übrigen von einem anderen Verständnis des Rangs aus: Rang als Verdrängungsanspruch, als "Anspruch eines Gläubigers auf Duldung der Vorweg- oder an-

35) In dieser Richtung Rosenberg Vorbem. I vor § 879; dagegen freilich Bock a.a.O.

36) Vgl. auch Exner S. 464: Der Rang sei stets nur dann als "Qualität" denkbar, wenn die - hier abgelehnte - Theorie der festen Stellen gelte.

37) S. 107.

teiligen Befriedigung"³⁸⁾. Beim Rang handele es sich um nichts anderes als eine rein schuldrechtliche Erscheinung. Auch das Rangverhältnis der echten dinglichen Rechte sei nur ein ganz normales Schuldverhältnis. - Freilich hat Breit insofern nicht unrecht, als die Rangbeziehung zwischen zwei und mehr begrenzten Sachenrechten in der Tat als Schuldverhältnis, und zwar als gesetzliches³⁹⁾, ausgestaltet ist. Das Rangverhältnis wurde erkannt als zwischen mehreren Rechtsinhabern automatisch entstehendes gesetzliches Schuldverhältnis. Allerdings wurde es auf die dem Vorrecht innewohnende dingliche Abwehrkraft zurückgeführt. Insoweit entsteht der Rang als Folge der Dinglichkeit und gestaltet sich das Rangverhältnis nach der dinglichen Wirkkraft. Diese dingliche Quelle des Rangs wird von Breit völlig verkannt, wenn er den Rang durch schlechthin rein obligatorische Beziehungen zu den übrigen Gläubigern zu erklären versucht. Erst infolge der Dinglichkeit entstehen Rang bzw. Rangverhältnis mit daraus erwachsenden Ansprüchen und Verpflichtungen, die ihre dingliche Wurzel nicht leugnen können⁴⁰⁾.

Die dingliche Natur der Rechtsbeziehungen zwischen der Ranginhabern darf freilich nicht zu dem Fehlschluß verleiten, der Rang stelle selbst ein Sachenrecht dar. Diesem Irrtum sind aber verschiedene Schriftsteller unterlegen, die davon ausgehen, daß es sich beim Rang um ein eigenstän-

38) Passim, insbes. S. 7, 43 ff., 50, 63 f.; JR 1929, 101.

39) Bei Breit kommt auch nicht deutlich zum Ausdruck, ob er das Rangverhältnis als notwendig kraft Gesetzes entstehend bewertet oder nicht.

40) Breits Lehre vom reinen Schuldverhältnis zwischen den Ranginhabern hat denn auch keinerlei Anklang gefunden. Sie wird ausdrücklich zurückgewiesen von Mügel DJZ 1929, 404 - 406; Brachvogel Gruchot 70, 470 ff.; Bock S. 48, 52 f.; Predari (Rechtsvergl. HWB) S. 701; Planck-Strecker Vorbem. 3 zu §§ 879 - 881; Thürmann JuS 1976, 382.

diges e c h t e s d i n g l i c h e s R e c h t h a n d e l e ⁴¹⁾.

- In dieser Vorstellung findet sich wohl ein richtiger Kern, nämlich insofern, als damit zum Ausdruck gebracht wird, daß sich die Beziehungen zweier Ranginhaber nicht im rein tatsächlichen Bereich erschöpfen, es sich vielmehr um echte Rechtsbeziehungen handelt. Auch lassen sich sämtliche Ausstrahlungen der Rangwirkung infolge des zwischen den Ranginhabern bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses unter der Umschreibung "Recht auf Nichtbeeinträchtigung" zusammenfassen. Der Vorrang g e w ä h r t also Ansprüche bzw. Rechte gegen den Nachrangigen, die auch insoweit mit der Dinglichkeit zusammenhängen, als sie aus der dinglichen Abwehrkraft resultieren. Indessen i s t der Rang kein eigenständiges echtes subjektives dingliches Recht. Er bildet nur das Verhältnis eines Rechts zu mehreren anderen Rechten an derselben Sache, stellt sich also nicht als ein einzelnes Recht dar, sondern als Mehrheit von Rechtsverhältnissen, aus denen verschiedene Rechte und Pflichten entspringen. Der Rang ist zu verstehen als F o l g e der dinglichen Ausschlußkraft des begrenzten Sachenrechts selbst, nicht aber als daneben bestehendes eigenständiges besonderes Sachenrecht. - Überdies wäre bei der Wertung des Rangs als Recht die Regelung der §§ 880, 881 nicht recht verständlich. § 880 wäre überflüssig, da die Rangänderung als Rechtsübertragung bereits unter § 873 I fiele. Auch der Vorbehalt eines Rechts in § 880 wäre bereits mit allgemeinen Grundsätzen zu verwirklichen (etwa aufschiebend bedingte Rechtsbestellung). - Diese

41) In dieser Richtung (freilich ohne nähere Begründung) Wege IherJb. 51, 44; Endemann § 14 Fußn. 2; Oberneck I § 41 Bem. 1; Bolik S. 82 f.; Predari § 46 Anm. 7 c; Woldering S. 59.
Nach Matthiass § 152 III hat der Rang immerhin die Bedeutung eines selbständigen Rechts. - Auch Fuchs I § 880 Bem. 1 spricht vom "dinglichen Rangrecht".
Verschiedentlich wird der Rang als "Rangrecht" umschrieben, so etwa BGHZ 29, 230 ff. Dabei dürfte aber kaum ein echtes subjektives Recht im technischen Sinne gemeint sein. So betonen etwa Wolff-Raiser § 42 vor I und Eichler II 2 S. 358 ausdrücklich, daß sie das "Rangrecht" nicht als echtes Sachenrecht verstanden wissen wollen.

Theorie wäre schließlich nicht mit der Systematik des BGB in Einklang zu bringen. Den anerkannten echten dinglichen Rechten sind jeweils ausführliche eigenständige Abschnitte gewidmet; während sich die wenigen Rangregeln der §§ 879 - 881 in den "Allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken" finden.

Der Rang als solcher ist somit kein besonderes dingliches Recht⁴²⁾. Erst recht ist er nicht als "dingliches Nebenrecht"⁴³⁾ anzusehen. Zumal sich gegen diese Vorstellung auch anführen läßt, daß die Rechtsordnung im Sachenrecht die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenrecht schlechthin nicht kennt. Der Rang könnte überhaupt nur Recht sein oder nicht. Etwas Drittes, das dazwischen stehende Nebenrecht, gibt es nicht.

Daß es sich beim Rang demnach nicht um ein dingliches Recht handelt, bedeutet jedoch nicht, daß nicht ein gewisser Zusammenhang zwischen Rang und zugrundeliegendem begrenzten Sachenrecht bestünde. Freilich geht es zu weit, Entstehung und Wirkkraft des Rangs ganz allgemein auf das Wesen der Dinglichkeit zurückzuführen, wie es aber sehr häufig geschieht, wenn der Rang schlechthin als "kraft Gesetzes ein-

42) So im Ergebnis schon kurz nach Inkrafttreten des BGB unabhängig voneinander Reichel S. 58; v. Tuhr I S. 236; Walsmann S. 87; Koch (Diss.) S. 52; Müller (Diss.) S. 63; Rosenberg Vorbem. I vor § 879; Kohler S. 401; vgl. auch Kornitzer GrünhutsZ 17, 667. In der Folgezeit wird diese Frage nur noch selten und meist beiläufig erörtert, so von Breit S. 106; Friedrich (Diss.) S. 4; Reinhard JW 1923, 264; Reinhard-Müller § 48 Bem. III 3; Weinberg LZ 1931, 17; Warneyer-Buchwald § 879 Anm. I; Bock S. 55. Aus neuerer Zeit Eichler I S. 103, II 2 S. 358; Wolff-Raiser § 42 vor I; Scheuerer S. 28; Grunsky S. 34; Schmidt BWNöTZ 1968, 280; Löscher S. 24. Aus der Rechtsprechung dahingehend nur OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 1603 und LG Braunschweig Rpfleger 1972, 365, die kritiklos die Formel von Wolff-Raiser a.a.O. übernehmen.

43) So aber O.v.Gierke I S. 323 Fußn. 91; Biernann § 880 Bem. 3; Elster S. 582. Nach Hedemann § 15 III c erscheint der Rang jedenfalls bei der Rangänderung als selbständiges Nebenrecht.

tretende Folge der Dinglichkeit der Rechte" qualifiziert wird⁴⁴⁾⁴⁵⁾.

Wohl bildet der Rang eine kraft Gesetzes eintretende Folge der Ausschlußkraft des älteren dinglichen Rechts. Inso-
weit ist er durchaus als automatische Folgerung aus
einem Element der Dinglichkeit zu begreifen, aber auch nur
insoweit und nicht generell als Folge der Dinglichkeit ins-
gesamt.

Vor allem aber besteht folgender Unterschied: Die betreffen-
den Autoren wollen ihre Konstruktion gerade als Auswirkung
der Eigentumssplittertheorie bei Bestellung der beschränkten
dinglichen Rechte verstanden wissen⁴⁶⁾. Das ist insbesondere
an der Berufung auf den althergebrachten allgemeinen rechts-
logischen Satz "niemand kann mehr Rechte übertragen, als er
selbst hat⁴⁷⁾" zu erkennen. Damit gehen die Vertreter dieser
Auffassung davon aus, daß die Rangordnung zu erklären sei als
Folge der Dinglichkeit insofern, als die Herrschaftsbefugnisse

-
- 44) So erstmals Planck-Strecker Vorbem. 3 vor §§ 879-881; aus-
drücklich ebenso Henze S. 7 f.; Haupt S. 3; eingeschränkt
auch Eichler I S. 103. Vgl. auch Schumacher S. 5. Ähnlich
Koch (Diss.) S. 52; Brachvogel Gruchot 70, 473; Heck S.
92; Bolik S. 81; Hesse DFG 1938, 87; Walsmann S. 88;
Emmerich S. 75 f.; Westermann § 3 I 3 u. § 80 III 2;
Schumacher S. 3.
- 45) Zu dieser Auffassung müssen wohl auch sämtliche Autoren
gerechnet werden, die den Rang zwar nicht expressis ver-
bis als gesetzliche Folge der Dinglichkeit werten, die
Entstehung der Rangordnung aber doch einzig und allein
aus dem Rechtssatz "nemo plus iuris transferre potest
quam ipse habet" ableiten. So etwa Mot. I S. 275; Mot.
III S. 225, 805; Denkschrift S. 120; Turnau-Förster I
§ 879 Bem. I 1; Endemann § 12, 2; Friedrich (Diss.) S. 1,
16; Straus S. 7; Brachvogel Gruchot 70, 472; Leisner
S. 84 ff.; RG Gruchot 56, 996. Vgl. auch v. Tuhr I S.
135 u. II 1 S. 77; Biermann (Lehrbuch) S. 344 f.;
Wieacker S. 117; Krückmann ArchBürgR 41, 339; Wolff-
Raiser S. 712; Sieber S. 40 f.; Thal S. 83; Kretzschmar
§ 879 Bem. 1.
- 46) Vgl. auch Grunsky S. 2 f., dem das Verdienst gebührt,
als erster in aller Deutlichkeit die Parallele von Ei-
gentumssplittertheorie und der Konstruktion vom Rang
als gesetzlicher Folgerung aus der Dinglichkeit heraus-
gestellt zu haben.
- 47) Darauf stützen sich etwa Hesse a.a.O.; Henze a.a.O.;
Brachvogel Gruchot 70, 472.

aus den verschiedenen beschränkten dinglichen Rechten sich von vornherein nicht überschneiden könnten und jeder Nachrangige kraft der Dinglichkeit stets nur den Herrschaftsraum zugewiesen bekommen könne, der nach Abspaltung des ersten Rechts noch übrig bliebe. Da die Herrschaftsbefugnisse jeweils eigenständig und verschiedenartig aus dem Vollrecht abgespalten würden, entstünden mit verschiedenen Herrschaftsrechten automatisch auch die verschiedenen Ränge der dinglichen Rechte - eben als gesetzliche Folge der Dinglichkeit, da der Eigentümer "über die Sache nur unbeschadet den vorhandenen Belastungen"⁴⁸⁾ verfügen könne. Der Herrschaftsbe- reich, der bereits einmal an den Erstrangberechtigten ver- geben worden sei, könne nicht noch einmal an einen späteren vergeben werden; wodurch der spätere Rechtsinhaber von vorn- herein, ipso iure kraft des Wesens der Dinglichkeit nur noch die übriggebliebenen Herrschaftsbefugnisse - und damit auto- matisch den schlechteren Rang - erhalten könne.

Dem aber kann nicht zugestimmt werden. Wie bereits ausführ- lich dargelegt⁴⁹⁾, hat die Theorie der Eigentumsteilung kei- nen Einlaß gefunden in das geltende Sachenrecht. Vielmehr ist die Entstehung der dinglichen Rechte mit der Vervielfäl- tigung und Überschneidung der Herrschaftsbefugnisse zu er- klären. Damit ist aber zugleich auch dargetan, daß der Rang nicht schlechthin als gesetzliche Folge der Dinglichkeit i n d i e s e m S i n n e zu begreifen ist⁵⁰⁾⁵¹⁾⁵²⁾.

48) Planck-Strecker S. 11. Ebenso deutlich Rahn BWNotZ 1958, 2: "Sieht man das beschränkte dingliche Recht als Ergeb- nis einer Abspaltung vom vollen Eigentum, so kann fürder- hin der Eigentümer nur noch über das durch den Abzug des älteren Rechts reduzierte Eigentum verfügen, also nicht mehr gegen jenes ältere Recht".

49) S. 24-55.

50) Im Ergebnis ebenso Grunsky S. 5 ff. Vgl. auch Schumacher S. 5. - Erstaunlicherweise werden der weit verbreiteten Auffassung vom Rang als gesetzlicher Folge der Dinglich- keit kaum kritische Stellungnahmen zuteil. Das mag daran liegen, daß teilweise die Ansicht vertreten wird, eine derartige Qualifikation des Rangs stehe der h.M. vom Rang als Rechtsinhalt nicht entgegen (s. etwa Staudinger- Seufert § 879 Rdn. 1 a; Grunsky S. 26).

51) Schmitten S. 26 f. meint, daß mit einer derartigen Er- klärung überhaupt nichts gewonnen sei.

52) Eichler I S. 103 wertet den Rang nicht nur als gesetz- liche Folge der Dinglichkeit, sondern zugleich als In- halt, als Eigenschaft, als weiteren Inhalt.

II. Bisher wurden abweichende Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt, die nach der hier vertretenen Ansicht nicht mehr überzeugen können. Vielfach finden sich auch mehr wirtschaftlich orientierte Betrachtungen, die zur rechtlichen Erklärung nicht viel beitragen. So beschränken sich viele namentlich darauf, das Schwergewicht auf eher wirtschaftliche Gesichtspunkte zu legen⁵³⁾. Mitunter wird denn der Rang überhaupt nur lapidar als "selbständiges wirtschaftliches Gut" bezeichnet⁵⁴⁾. Jedenfalls in den Vordergrund gerückt wird der rein wirtschaftliche Wert von mehreren Autoren, die in ihren Erörterungen zur rechtlichen Erfassung über eine Negation nicht hinauskommen⁵⁵⁾.

Rein wirtschaftlich zu verstehen sind auch jene Stellungnahmen, die den Rang zwar nicht dogmatisch als "Inhalt" des Rechts werten, ihn aber doch "wegen seiner wirtschaftlichen Bedeutung dem Inhalt gleichgestellt" sehen⁵⁶⁾. Auch mit der Bezeichnung als "Wertverhältnis"⁵⁷⁾ oder als "Verdrängungswert"⁵⁸⁾ eines Rechts ist kaum etwas gewonnen. Obschon zuzugeben ist, daß dem Rang in der Bewertung des Kreditverkehrs in der Tat eine derartige - freilich eben wirtschaftliche - Eigenschaft beigelegt wird. Auskunft darüber, wie dieses Verhältnis bzw. diese Verdrängung rechtlich entsteht und wie sie ausgestaltet ist, wird indessen nicht gegeben.

Ebensowenig verwertbar erscheint die Bezeichnung als "Stufe bzw. Grad der Anwartschaft auf Erfüllung"⁵⁹⁾ des zugrunde-

53) Zum Rang als wirtschaftlichen Wert s. auch Steffan S. 441 ff.; Scheuerer S. 64 ff.

54) Prot. III S. 98.

55) So früher Engelmann S. 507; Böhm Recht 1908, 740; Laué Gruchot 55, 235; OLG Kiel JW 1934, 1510; vgl. auch Müller (Diss.) S. 63 f.; Scheuerer S. 40.

56) Thürmann JuS 1976, 382; Eichler I S. 103; Westermann § 80 I 3; LG Siegen DNotZ 1964, 616. Ähnlich Baur § 17 A I 3: "der Wirkung nach Faktor des Rechtsinhalts".

57) Löschner S. 24.

58) Breit S. 8 u. passim. Aufgegriffen von Eichler II 2 S. 358; Bock S. 52; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 1; Junghans S. 8; Holderbaum JZ 1965, 715.

59) Breit S. 4; Schmitten S. 8; Scheuerer S. 18, 44.

liegenden dinglichen Rechts. Mit dieser Umschreibung ist zwar anschaulich die treffende Vorstellung zum Ausdruck gebracht, daß der Rang die Ausübung der Rechte regelt und daß ein besserer Rang in der Reihenfolge der Rechte bei ihrer Befriedigung eine größere tatsächliche Aussicht auf Verwirklichung des Rechts gewährt. Als eigenständiges Anwartschaftsrecht kann der Rang dagegen nicht aufgefaßt werden. Das schon deshalb, weil oben die Eigenschaft als besonderes subjektives dingliches Recht abgelehnt wurde. Aus den gleichen Gründen kann es sich beim Rang auch nicht um ein Anwartschaftsrecht handeln.

Rechtliche genauso wenig brauchbar ist die Auffassung vom Rang als "Sicherheitsabstufung in der Beleihungshöhe vom Grundstück"⁶⁰⁾. Damit wird lediglich plastisch gemacht, daß die Verwertungschance, die Aussicht auf Verwirklichung der in dem begrenzten Sachenrecht liegenden Sicherheit vornehmlich davon abhängt, inwieweit der Verkehrswert des Grundstücks bereits durch frühere Rechte ausgeschöpft ist. Mit diesem sogen. "Hypothekenrang im wirtschaftlichen Sinne"⁶¹⁾ wird nichts anderes umschrieben als das, was bereits an anderer Stelle als Inhalt des rein wirtschaftlichen Begriffs der "Stelle" erkannt wurde.

Auch das Verständnis vom Rang als "Intensität"⁶²⁾ der Rechte gibt lediglich ein die Vorstellung erleichterndes Bild, indem anschaulich umrissen wird, daß die Realisierbarkeit eines Rechts von seinem Rang abhängt. Um einen juristisch präzise faßbaren Begriff handelt es sich bei der "Intensität" nicht. Was erst recht für die lapidare Beschreibung des Rangs als "Kraft"⁶³⁾ eines Rechts gilt.

60) Scheuerer S. 74, ähnlich S. 14 und passim.

61) Scheuerer passim, insbes. S. 64 ff.

62) So namentlich Kohler S. 261 - 263, 400 - 408; ähnlich Bock S. 32; v. Tuhr II 1 S. 75.

63) Enneccerus-Nipperdey II § 135 II.

In dieser Richtung geht es auch, den Rang als "Interessengehalt"⁶⁴⁾ zu bezeichnen. Bei ihm handelt es sich unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise um einen Ausfluß des Vertrauensgrundsatzes, des Vertrauens auf Schutz der einmal erlangten Rechtsposition vor Eingriffen infolge späterer Rechtsbestellungen. Insoweit ist das Prioritätsprinzip in der Tat als Ausfluß des Prinzips der Interessennähe zu verstehen. Die Rangfolge wird nach der jeweils verschiedenen engen Beziehung des jeweiligen Rechts zur Sache begründet. Da ein dinglich Berechtigter von seiner einmal erworbenen Rechtsstellung redlicherweise nicht mehr verdrängt werden darf, ist das Prioritätsprinzip als Wertungsprinzip materieller Gerechtigkeit aufzufassen⁶⁵⁾.

Schließlich erscheint auch die Heranziehung der Analogie von Haupt- und Nebensache⁶⁶⁾ zur Erfassung des Verhältnisses dingliches Recht - Rang lediglich unter wirtschaftlichem Aspekt brauchbar, indem nämlich darunter zu verstehen ist, daß das dingliche Recht mit seinen inhaltlichen Herrschaftsbefugnissen für den Inhaber das Wichtigste ist, dessen Rang als Nebensache aber ebenfalls nicht ohne Bedeutung für ihn ist. Jedenfalls geht es nicht an, diese Analogie derart zu verwerten, daß es sich bei der Belastung um das Hauptrecht handle und beim Rang um ein dingliches Nebenrecht. Das wurde bereits dargelegt.⁶⁷⁾

III. Immerhin im rechtlichen Bereich bewegen sich eine Reihe von Erklärungen des Rangs, die nicht gänzlich abzulehnen sind, die aber zumindest ungenau bleiben und denen nur teilweise zugestimmt werden kann:

64) Heck S. 92. Vgl. auch Leisner S. 84; Rahn BWNotZ 1958, 2.

65) Leisner S. 91 und passim.

66) Vgl. Rosenberg Vorbem. I vor §§ 879 - 881.

67) S. 199.

Hierzu gehört als aussageschwächste Begriffsbestimmung die lapidare Umschreibung als "besondere Rechtsstellung"⁶⁸⁾. Damit ist lediglich dargelegt, daß die Wirkung des Rangs sich nicht in einer rein tatsächlichen Position erschöpft und es sich nicht nur um einen rein wirtschaftlichen Wert handelt.

Im Zusammenhang mit dem Rang als rechtlicher Stellung wird mitunter behauptet, der Rang sei zwar kein Recht (was zutrifft), er erzeuge aber Rechte⁶⁹⁾ bzw. sei Grundlage von Rechten⁷⁰⁾. Daran ist richtig, daß im Rangverhältnis verschiedene Ansprüche und damit korrespondierende Pflichten entstehen⁷¹⁾⁷²⁾. Von den betreffenden Autoren⁷³⁾ wird aber gerade nicht der Versuch unternommen, Herkunft und Ausgestaltung dieser "Rechte" dogmatisch abzuleiten. Zudem erscheint es schief, den Rang nur als "Erzeuger bzw. Grundlage" der Rechte anzusehen. Denn nach hier vertretener Auffassung von der Identität Rang - Rangverhältnis⁷⁴⁾ ist der Rang bzw. das Rangverhältnis der dingliche Anspruch auf Nichtbeeinträchtigung⁷⁵⁾.

Ähnlich steht es um die zu allgemein gehaltene Darstellung mancher Stimmen, der Rang bestimme die Reihenfolge, in welcher die einzelnen Rechte bei einer Konkurrenz ihre Berücksichtigung und Befriedigung finden⁷⁶⁾, bzw. der Rang verkörpere die Stellung in der Aufeinanderfolge der Verwirklichung

68) U.a. BGHZ 6, 70 (74).

69) Wolff-Raiser § 42 vor I; OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 1603; LG Braunschweig Rpfleger 1972, 365.

70) Rosenberg Vorbem. I zu §§ 879-881; Breit S. 5; Friedrich (Diss.) S. 4.

71) Im Kern völlig zutreffend bereits 1909 Koch (Diss.) S. 50: Der Rang sei zu verstehen als "Berechtigung und Verpflichtung zugleich".

72) Daher ist es auch zu eng, den Rang lediglich als "sachenrechtliche Zurückdrängungsbefugnis" zu bezeichnen (so aber Fuchs I § 879 Bem. 1 u. § 880 Bem. 11 a). Rang bzw. Rangverhältnis als Schuldverhältnis bestehen nicht nur aus einer einzelnen Befugnis, sondern aus einer Gesamtheit von Rechten und Pflichten aus diesem gesetzlichen Schuldverhältnis. Vgl. auch Bock S. 48 f.

73) Ähnlich die vagen Umschreibungen oben S. 182 Fußn. 207.

74) Dies wurde im Verlauf der Arbeit bereits mehrfach angedeutet und soll sogleich noch ausführlich begründet werden.

75) Vgl. auch Bock S. 49 und Wolf S. 269.

76) So bereits Fuchs I § 879 Bem. 1; ähnlich etwa Rosenberg a.a.O.; Warneier-Buchwald § 879 Bem. I; Hirsch S. 33; Laué Gruchot 55, 235.

der Rechte⁷⁷⁾. Dem ist insofern völlig zuzustimmen, als der Rang der Regelung der Konkretisierung der abstrakten Herrschaftsbefugnisse, d.h. der Ausübung der Rechte dient. Freilich machen die betreffenden Schriftsteller⁷⁸⁾ keinerlei Angaben darüber, wie die Entstehung und Wirkung des Rangs als Ausübungsschranke abzuleiten ist. Überdies könnte der Ausdruck "Stellung" zu dem Fehlschluß verleiten, Rang und "Stelle" seien identisch; was aber nicht der Fall ist, da das System der festen Stellen nicht gilt und "Stelle" rein wirtschaftlich zu verstehen ist⁷⁹⁾.

Schließlich findet sich häufig die Begriffsbestimmung des Rangs als Verhältnis eines begrenzten dinglichen Rechts zu anderen begrenzten Rechten an derselben Sache⁸⁰⁾.

Auf den ersten Blick scheint zwar eine damit vollzogene Gleichsetzung von Rang und Rangverhältnis⁸¹⁾ unvereinbar⁸²⁾. Man könnte meinen, der Begriff des Rangs beziehe sich nur auf ein einzelnes Recht, während der Begriff des Rangverhältnisses sich lediglich auf die Stellung mehrerer Rechte zueinander beziehen könne⁸³⁾. Das Rangverhältnis setze sich

77) Friedrich S. 3; ähnlich Junghans S. 8.

78) Abgesehen von Hirsch a.a.O.

79) S. auch Bock S. 48, 53 mit Bedenken gegen die Bezeichnung "Reihenfolge" und oben dazu S. 136 ff.

80) Diese Vorstellung, die noch offen läßt, wie sich Entstehung und Wirkkraft des Rangs erklärt, findet sich durchgehend bis in jüngster Zeit, s. Endemann § 12, 3; Straus S. 7; Kretzschmar (Einführung) S. 200; ders. ZBLFG 18, 145; ders. (Kommentar) § 879 Bem. 1; Emmerich S. 74; Walsmann S. 87 f.; Oertmann IherJb. 66, 221; Rosenberg a.a.O.; Hirsch a.a.O.; Reinhard JW 1923, 264; Wolff-Raiser § 42 vor I; Woldering S. 58 (vgl. auch S. 1); Ksoll S. 136; Lange (Boden) S. 39; ders. (Sachenrecht) S. 97; Westermann § 80 I 3 (vgl. auch § 80 IV); Schumacher S. 4; Leisner S. 84; Baur § 17 A I 1; Wolf S. 267, 269; Erman-Westermann § 879 Rdn. 1; Palandt-Bassenge Überbl. 7 vor § 873; BayObLG OLGRspr. 31, 301; OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 1603; LG Braunschweig Rpfleger 1972, 365 (die Rechtsprechung hat meist die von Wolff-Raiser a.a.O. geprägte Formel übernommen). - Vgl. auch v.Tuhr I S. 236; Mot. III S. 231; Eichler II 2 S. 358.

81) Ausdrücklich bekennt sich nur Rosenberg a.a.O. zur Identität Rang - Rangverhältnis; implizite aber wohl auch die anderen o.a. Autoren.

82) So wenden sich denn auch ausdrücklich gegen die Gleichsetzung von Rang und Rangverhältnis: Friedrich (Diss.) S. 2 f.; Bock S. 46 f., 49, 55; Grunsky S. 29 ff.

83) So Friedrich (Diss.) S. 2 f.

gerade aus den Rängen zweier Rechte zusammen, wobei jeder Rang notwendiger Bestandteil des Rangverhältnisses sei⁸⁴⁾.

Demgegenüber darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß nach der hier vertretenen Auffassung ein beschränktes Recht allein gar keinen Rang besitzt. Vielmehr muß dazu mindestens eine weitere Belastung hinzutreten. Die dem Rang begriffsimmanente Relativität bedingt, daß er nur im Verhältnis eines begrenzten Sachenrechts zu mindestens einem weiteren Recht existieren kann. Daher umschließt die Vorstellung eines Rangs notwendigerweise die des Rangverhältnisses mit⁸⁵⁾. Es gibt keinen Rang ohne gleichzeitiges Rangverhältnis als Beziehung zu mindestens einem weiteren Recht, und es gibt kein Rangverhältnis ohne Rang von mindestens zwei Belastungen. Der Rang existiert nur um des Verhältnisses mindestens zweier Rechte zueinander willen. Seine Funktion besteht in nichts anderem, als Ordnung in die Verwirklichung mehrerer Rechte untereinander zu bringen. Vorrang (und Vorrecht) setzen begriffsnotwendig Existenz mindestens eines Nachrangs (und Nachrechts) voraus. Mithin kann "Rang", als begriffliche Zusammenfassung der Gesamtheit der Rechtsbeziehungen Vorrecht- Nachrecht, nichts anderes sein als das Rangverhältnis selbst. Der Rang besteht nicht um seiner selbst willen, sondern nur als eine äußere Beziehung zwischen zwei und mehr Belastungen an der Sache. "Der Rang eines Rechts ist nichts als das Verhältnis, in dem dieses Recht zu anderen Rechten steht"⁸⁶⁾.

Und unter Rang ist nicht etwa nur das Verhältnis eines Rechts zu einem anderen, sondern zu sämtlichen Belastungen zu verstehen⁸⁷⁾. Das empfiehlt sich aus folgendem Grund: Das Verhältnis eines rangtragenden Rechts zu sämtlichen nach- bzw. vorgehenden Rechten gestaltet sich gleich. Der Ranginhaber ist insoweit den gleichen dinglichen Ansprüchen

84) So Grunsky S. 30.

85) Eichler II 2 S. 358.

86) Wolff-Raiser § 42 vor I. S. ferner Exner S. 464 f.

87) Das läßt sich auch mit dem allgemeinen Verständnis vom Schuldverhältnis vereinbaren. Insoweit hat dann bei drei Rechten A, B, C das eine Recht A die Gläubigerstellung, während die nachrangigen B und C im Verhältnis zu A gleichermaßen Schuldner mit gleichen Pflichten sind. Aus der Sicht des C gestaltet sich das Rangverhältnis so, daß in seinem Verhältnis zu A und B diese gleichermaßen Gläubiger mit gleichen Ansprüchen sind.

unterworfen, egal wie weit vorn das Vorrecht steht; und er besitzt selbst die gleichen dinglichen Ansprüche, gleichgültig wie weit hinten das Nachrecht steht⁸⁸⁾.

Auf Grundlage der strikten Ordnungsaufgabe des Rangs, nur die Kollision zwischen mehreren Belastungen zu lösen, erscheint es gerechtfertigt, davon auszugehen, daß der Rang nicht nur das Verhältnis eines begrenzten Sachenrechts zu sämtlichen anderen Rechten regelt, sondern als gesetzliches Schuldverhältnis eben dieses Verhältnis bildet; d.h. Rang ist mit Rangverhältnis identisch. Gestützt wird diese Einsicht auch vom Wortlaut des Gesetzes, das - ohne erkennbaren Unterschied - einmal vom "Rang" der Belastungen spricht (in §§ 879 ff.), zum anderen aber auch synonym vom "Rangverhältnis"⁸⁹⁾.

Mithin ist es sehr wohl richtig, den Rang bzw. das Rangverhältnis zu definieren als: Verhältnis einer Belastung zu sämtlichen anderen Belastungen an derselben Sache⁹⁰⁾. Allerdings ist mit dieser knappen Umschreibung des Rangs für sich allein noch nichts zu dessen rechtlicher Erfassung gewonnen. Zur rechtlichen Natur dieses Verhältnisses wird von den o.a. Autoren, die sich diese Definition zu eigen machen, überhaupt nichts gesagt. Während hier bereits an anderer Stelle das Rangverhältnis als aus der dinglichen Abwehrkraft des Vorrechtes fließendes gesetzliches Schuldverhältnis erkannt wurde. Genauer: Im Grundstückssachenrecht ist Rang bzw. Rangverhältnis das aus der dinglichen Abwehrkraft des Vorrechtes

88) S. auch Bock S. 46.

89) Besonders deutlich ist der synonyme Gebrauch an § 880 zu erkennen. Dort heißt es in Abs. 1: "Das R a n g v e r h ä l t n i s kann geändert werden", während gleich darauf in Abs. 2 die Voraussetzungen dafür aufgezählt werden: "Zu der R a n g ä n d e r u n g ist erforderlich".

90) Aber nicht als das Verhältnis eines Rechts zu nur e i n e m anderen; nicht als Verhältnis auch des Eigentums zu anderen Rechten; nicht als Verhältnis a l l e r Rechte zueinander. - Auch nicht als Verhältnis der B e r e c h t i g t e n zueinander (so aber v. Tuhr I S. 124, 236; Rosenberg Vorbem. I vor § 879; vgl. auch Friedrich (Diss.) S. 4 u. Exner S. 518). Denn wie bereits an anderer Stelle dargelegt, kommt es auf die R e c h t e an, nicht aber auf die Berechtigten (ebenso Emmerich S. 74; Grunsky S. 30 i.V.m. Fußn. 19).

resultierende, mit Begründung des (oder der) Nachrechte automatisch entstehende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen den Inhabern zweier (oder mehrerer) echter begrenzter Sachenrechte am selben Gegenstand, kraft dessen das eine Recht dem (oder den) anderen Recht(en) in seiner Ausübung vorgeht.

Als Schuldverhältnis besteht der Rang, d.h. das Rangverhältnis aus einer Vereinigung von Rechten und Pflichten. Aus ihm resultieren Rangansprüche (des Vorberechtigten) und Rangpflichten (des Nachstehenden)⁹¹⁾. Die Gesamtheit der Rangansprüche - Bestandteil des Rangs (des Rangverhältnisses) aus der Sicht des Vorrangigen - läßt sich zusammenfassen unter dem Begriff "Rangrecht"⁹²⁾. Mithin ist zu unterscheiden zwischen folgenden Begriffen:

- (1.) Rang = Rangverhältnis⁹³⁾ = Verhältnis eines begrenzten Rechts zu sämtlichen anderen beschränkten Rechten an derselben Sache
- (2.) Rangordnung = Gesamtheit aller Ränge bzw. Rangverhältnisse, d.h. Inbegriff des Verhältnisses aller begrenzten Rechte zueinander⁹⁴⁾
- (3.) Rangrecht = Gesamtheit der Rangansprüche aus dem Rang bzw. dem Rangverhältnis.

91) Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, daß das Rangverhältnis nicht etwa auch Pflichten des Vorranginhabers begründet. Es handelt sich um ein Schuldverhältnis, in dem der Vorberechtigte grundsätzlich nur die Stellung eines Gläubigers, der Nachstehende nur die Position eines Schuldners hat.

92) Vgl. Wolff-Raiser § 42 vor I; Grunsky S. 30; OLG Darmstadt HRR 1934 Nr. 1603; LG Braunschweig Rpfleger 1972, 365.

93) Und der Rang ist nicht etwa nur ein begriffsnotwendiger Bestandteil des Rangverhältnisses (so aber Grunsky S. 30). - Auch ist der Rang nicht etwa die Gesamtheit der einzelnen Rangverhältnisse (so aber Bock S. 46 f., 49, 55).

94) Vgl. etwa Emmerich S. 74; Bock S. 47.

2. Teil: Die formelle Funktion des Rangs.

=====

In § 879 I, II wird der Eintragung im Grundbuch für den Rang eine besondere Bedeutung zuerkannt. Werden Grundstücksbelastungen ohne zusätzlichen Rangvermerk eingetragen, bestimmt sich der materiell-rechtliche Rang allein nach der formellen grundbuchmäßigen Eintragsfolge¹⁾. Darin kommt die besondere formelle Funktion des Rangs zum Ausdruck. Namentlich die formellen Belange der übrigen am Grundstück Berechtigten, des allgemeinen Kredits und des Rechtsverkehrs schlechthin haben darin ihre Ausprägung gefunden. Daß diese Interessen besondere Berücksichtigung finden müssen, ergibt sich schon daraus, daß der Rang das Verhältnis eines Belastungsinhabers zu a l l e n anderen am Grundstück beschränkt Berechtigten bildet. Im Kern laufen diese formellen Belange stets darauf hinaus, Übersichtlichkeit und Klarheit des Grundbuchs zu gewährleisten und das Vertrauen auf die Ranglage, wie sie sich für den unbefangenen Betrachter aus dem Grundbuch ergibt, zu schützen. Besonders deutlich und anschaulich läßt sich das anhand eines in der Literatur und der Rechtsprechung häufig - freilich unter anderen Aspekten²⁾ - erörterten Falles demonstrieren: der materiell-rechtlich ungerechtfertigten, versehentlich erfolgten rein formellen Löschung eines begrenzten Sachenrechts. Die folgenden Erörterungen werden sich daher stets um diesen fiktiven Beispielsfall ranken, der die besondere Bedeutung der grundbuchmäßigen Eintragung der Belastungen für deren Rang aufzeigen soll:

A und B sind als Hypothekare in dieser Rangfolge im Grundbuch eingetragen. Die ursprünglich vorrangige Hypothek des A wird ohne materiell-rechtlich wirksame Aufgäbeerklärung versehentlich gelöscht. Danach wird für den auf den Bestand des Grundbuchs vertrauenden C ohne besondere Rangvereinbarung eine neue

1) Wie sich das bei den Neueintragungen von Grundstücksbelastungen nach der h.M. im einzelnen auswirkt, s.u. S. 227 ff., insbesondere S. 234.

2) Nämlich vorwiegend unter dem Aspekt, wie im Ergebnis der Erlös zu verteilen ist, s. nur Wolff-Raiser § 41 IV 2.

Hypothek bestellt. Wie ist die Rangfolge? Wird der Rechtsverkehr wie sonst nur nach § 892 im Vertrauen auf die Rechtslage, wie sie sich aus dem Grundbuch ergibt, geschützt - oder geht gar ausnahmsweise der radikal verwirklichte Grundsatz der Klarheit des Grundbuchs soweit, den Rang ohne weiteres durch den reinen Lösungsakt untergehen zu lassen? Wie bestimmt sich das geringste Gebot? Wie ist der Erlös in der Zwangsversteigerung zu verteilen, wenn er nicht für alle Hypothekengläubiger zusammen ausreicht? Wie kann die versehentliche Löschung korrigiert und ausgeglichen werden?

- A. Darstellung der h.M. zum Ausgangsfall. Rangverlust nur relativ über § 892. Die absolut h.M.³⁾⁴⁾ geht, meist ohne nähere

3) O.v.Gierke II § 119 Fußn. 93; Crome S. 710; Endemann § 63 Fußn. 21; Goldmann-Lilienthal S. 243 Fußn. 34; Wolff AcP 91, 380 ff.; Strohal (Festschrift) S. 785 f.; Scherer S. 72; Oberneck I S. 420; Rosenberg S. 217, 249, 288 u. § 892 Bem. III 1, 3; Biermann § 879 Bem. 7; Güthe JW 1912, 619; Sattelmacher-Müller S. 23; Friedrich (Diss.) S. 45; Haupt S. 43 ff., 65 f.; Harder S. 38 f.; Gieseke S. 73; Jaeckel-Güthe § 11 Rdn. 2; Reinhard-Müller § 11 Bem. II 2 u. § 44 Bem. V 4; Kriener BayZ 1927, 188; Güthe-Triebel § 45 Rdn. 4 (vgl. auch § 46 Rdn. 9 u. § 45 Rdn. 39); Korintenberg-Wenz Einf. Kap. 6 IV u. Bsp. 17 u. 38 im Anhang; Mügel DJZ 1929, 404 ff.; Arnheim JW 1929, 2501; Heck S. 179 f.; Levi S. 12 ff.; Schumacher S. 49; Woldering S. 7; Planck-Strecker Vorbem. 4 vor §§ 879-881, § 879 Bem. 7 e, § 875 Bem. 5, § 892 Bem. I 2 u. III 1; Scheuerer S. 28 ff.; Dassler-Schiffhauer § 44 Bem. 9; Brand-Schnitzler S. 136; RGRK-Pritsch § 879 Anm. 17; Steiner-Riedel (7. Aufl.) § 44 Bem. 6, (8. Aufl.) § 11 Bem. 3 (4); Wolff-Raiser § 41 IV 2; Soergel-Baur § 879 Rdn. 17; Grunsky S. 111 (s. auch S. 116 f.); Westermann § 81 II 3, § 80 III 4; Ksoll S. 138; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 17, 28 u. § 899 Rdn. 27; Baur § 17 B II 3, Erman-Westermann vor §§ 891-893 Rdn. 6; Wolf S. 309 f.; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 2 a aa u. Bem. 6; Lutter AcP 164, 181 Fußn. 223. KG JFG 5, 397 (402 ff.) = KG JW 1927, 2144 (2145); KGJ 33, A 277 ff.; KG DFG 1943, 135; BayObLGZ 1961, 23 (36 f.); BayObLG NJW 1961, 1265. Auch BGHZ 51, 50 ff. geht als selbstverständlich davon aus, daß über §§ 891 ff. relativer Rangverlust erfolgen könne. Vgl. auch RGZ 62, 99 ff.; 73, 173 ff.; 82, 20 ff.; RGSeuff Arch. 83, 206 f.; BayObLGZ 28, 575 ff.; 29, 32 ff.; RGZ 130, 64 (66); RG HRR 1930 Nr. 1923; Meikel-Imhof-Riedel III § 45 Rdn. 8.

Begründung, als selbstverständlich davon aus, daß das zu Unrecht gelöschte Recht mit seinem ursprünglichen Rang materiell bestehen bleibe. Allerdings gehe der Vorrang im Verhältnis zu einem späteren gutgläubigen Erwerber einer weiteren Grundstücksbelastung verloren⁵⁾. Dadurch entstehe eine relative Rangfolge⁶⁾⁷⁾, in der A seinen ursprünglichen Vorrang vor B behalte, aber kraft § 892 doch vom gutgläubigen C verdrängt werde. - Die Rangfolge laute also nicht etwa linear A, B, C (mit Vorrang des A vor B u n d C). Sondern die Hypothek A gehe der Belastung B vor, aber der des C nach; die des B rangiere nach A, aber vor C; C stehe vor A, aber nach B. Im Ergebnis besteht nach dieser Auffassung nur noch aus der Sicht des B die lineare Rangordnung, während ansonsten relative Rangverhältnisse auftreten. Das Recht des A geht dem des B vor, das seinerseits dem des A vorgeht; jedoch geht A nicht auch dem C vor, sondern ihm gerade nach.

-
- 4) Die gleiche Problematik wie im BGB hat sich noch drastischer im Aufwertungsrecht entwickelt. Zur Problematik der ungerechtfertigten Löschung in diesen Parallelfällen: Hamelbeck JR 1927, 207 ff.; 1928, 147 ff.; Kröger JW 1926, 969 f.; Weber JW 1926, 971 ff.; Mügel JW 1926, 2352 ff.; Weißler JW 1926, 2352; Gummel JW 1927, 961 ff.; Weißler JW 1926, 135 f.; Brachvogel Gruchot 69, 46 ff.; Reinhard S. 121 ff.; Mügel S. 465 ff.; Neukirch S. 299 ff.; weitere Nachweise bei Breit S. 38; Mügel DJZ 1927, 490 ff., 942 f.; ders. JW 1926, 2352 f.; ders. JW 1927, 963; Langheineken DJZ 1927, 736 f.; Sarrazin ZDNotV 1926, 351 ff.; ders. ZDNotV 1927, 8 f.; Gummel ZDNotV 1927, 5 ff.; ders. DRZ 1927, 295 ff.; Reichel DRZ 1927, 35 ff.; Hertel JR 1928, 105 ff.; Reinhard-Müller § 44 ZVG Bem. VII 3.
 - 5) Diese Erkenntnis ist nicht neu. Auch vor Geltung des BGB war nach der h.M. ein gutgläubiger Wegerwerb des Rangs bei versehentlicher Löschung der Eintragung möglich, s. etwa Förster-Eccius S. 596 f.; Wolff AcP 91, 381 f.; Strohal IherJb. 31, 326 f.; Stobbe-Lehmann S. 226 u. 254 f.; Nachweise zur älteren Rechtsprechung bei Scherer S. 71 f. Nr. 136.
 - 6) Demgegenüber geht eine kleine Mindermeinung davon aus, daß durch § 392 sogar ein a b s o l u t e r Rangtausch wie bei § 380 stattefinde. Dahingehend BayObLG JW 1927, 1023 f.; Gummel JW 1927, 961 ff. Dagegen aus der h.M. etwa Reinhard S. 123; KG JFG 5, 397 (402 ff.); Hamelbeck JR 1928, 149; Mügel S. 468 ff.; ders. JW 1926, 2352; 1927, 963.
 - 7) Begrifflich werden neben der Umschreibung "relative Rangfolge" (s. etwa Westermann § 80 II 3) auch synonym verschiedene Ausdrücke verwendet: Vom "relativen Rang" sprechen etwa Levi S. 12; Breit S. 32 ff.; Wolff-Raiser § 41 IV 2, § 41 VII; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 17. Für die Wendung "relative Rangverhältnisse" haben sich u.a. Palandt-Bassenge § 879 Bem. 6; Planck-Strecker Vorbem. 4 vor §§ 879-881 entschieden. Von "relativer Rangordnung" ist z.B. bei Grunsky S. 111 ff. die Rede.

Näher begründet wird diese Auffassung kaum - obwohl sie doch sogar zweierlei voraussetzt: (a) Recht A bleibt trotz versehentlicher Löschung mit ursprünglichem Rang erhalten, (b) der Rang des A wird vom öffentlichen Glauben des Grundbuchs erfaßt und geht daher dem gutgläubigen Dritterwerber C gegenüber verloren. Das mag wohl daran liegen, daß darin ein ganz gewöhnlicher Anwendungsfall des § 892 gesehen wird, der keine besonderen Probleme biete⁸⁾.

Was das Bestehenbleiben des Rechts mit dem ursprünglichen Rang⁹⁾ angeht, wird lediglich mitunter darauf verwiesen, daß nach § 875 BGB das begrenzte R e c h t nur beim Vorliegen von Lösungsakt und korrespondierender materiell wirksamer Aufhebungserklärung untergehe. Womit notwendigerweise auch der ursprüngliche R a n g nur unter diesen Voraussetzungen verloren gehen könne¹⁰⁾. Gelegentlich¹¹⁾ wird auch noch § 379 I herangezogen. Aus dieser Vorschrift ergebe sich, daß der Rang eines Rechts durch den einmaligen Rechtsakt der Eintragung entstehe und deshalb solange fort dauern müsse, bis er in rechtsgültiger Weise aufgehoben werde. Und weder aus dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte ergebe sich ein Hinweis darauf, daß die Eintragung - ebenso wie sie unabhängig von materiellen Erklärungen den Rang schaffe - den Rang nur solange erhalten könne, wie sie bestehe.

Nach lapidarer Feststellung, daß das Grundbuch unrichtig sei, kommen die Vertreter der h.M. dann auch meist ohne eingehende Begründung zu der Erkenntnis, daß der öffentliche Glaube sich auch auf den Rang im Grundbuch erstrecke. Nur vereinzelt bemüht man sich um eine Erklärung dafür. In dieser Richtung

8) So ausdrücklich Harder S. 38 f.

9) Eine ähnliche Problematik entsteht, falls ein zufälliger Zwischenraum im Grundbuch versehentlich für eine räumliche Voreintragung benutzt wird. S. dazu KGJ 41, A 220 ff.; Güthe JW 1912, 610; Planck-Strecker § 879 Bem. 1; Henze S. 56 f.; Junghans S. 42.

10) So namentlich Planck-Strecker § 875 Erl. 5; Wolff AcP 91, 366 ff.; Staudinger-Seufert § 875 Rdn. 5 u. 7; Rosenberg § 875 Bem. V 1; vgl. auch Walsmann S. 252 ff.; RGZ 73, 173 ff.; 82, 20 ff.; Baur § 17 B II 3.

11) Güthe JW 1912, 619; vgl. auch Meikel-Imhof-Riedel § 45 Rdn. 8.

stützen sich Staudinger-Seufert¹²⁾ darauf, daß zum Inhalt des Grundbuchs schließlich alle nach dem Grundbuchsystem zulässigen und auf die dingliche Rechtslage bezüglichen Eintragungen gehören würden - worunter auch die rangausweisenden Eintragungen fielen. Gelegentlich¹³⁾ wird auch noch darauf verwiesen, daß der Rang ja Inhaltsbestandteil des Rechts am Grundstück sei und mithin selbstverständlich unter § 892 falle¹⁴⁾¹⁵⁾.

Angesichts der Eintracht der h.M., was das Erhaltenbleiben des ursprünglichen Rangs und den möglichen Verlust über § 892 angeht, läge es nahe, daß auch hinsichtlich der **R e c h t s f o l g e** des gutgläubigen Rangerwerbs Einigkeit bestünde. Jedoch weit gefehlt. Was Bestimmung des geringsten Gebotes und Erlösverteilung bei relativer Rangordnung angeht, darüber herrscht heilloser und weitgehend unfruchtbarer Streit¹⁶⁾¹⁷⁾.

12) § 879 Rdn. 28.

13) Scheuerer S. 28.

14) Überhaupt mag die fehlende ausdrückliche Begründung der h.M. hauptsächlich darauf zurückzuführen sein, daß nach der h.M. der Rang zum Inhalt der Rechte gehört. Dann erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs ohne weiteres auch auf den Rang, denn der Inhalt der dinglichen Rechte selbst bildet grundsätzlich den Inhalt des Grundbuchs i.S.d. § 892 (Planck-Strecker § 892 Erl. I 2).

15) Vgl. auch Planck-Strecker aa.O.

16) S. vorerst nur Planck-Strecker Vorbem. 4 vor §§ 879-881.

17) Graphisch läßt sich die nach der h.M. zustande kommende Rangordnung so darstellen:



Darüber herrscht Einigkeit in der h.M. Jedoch herrscht heilloser Streit, wo nun dieser Kreis zu durchschneiden - und wie damit das geringste Gebot zu bestimmen und der Erlös zu verteilen sei.

B. Von der h.M. abweichende Konstruktionen

Nicht zuletzt, um diesem Streit aus dem Wege zu gehen, hat sich früher¹⁾ ganz vereinzelt Widerspruch gegen die h.M. geregt:

- I. So behauptet Langheineken²⁾ schon kurz nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, daß aufgrund des § 892 überhaupt kein Rangverhältnis zur Entstehung gelangen könne. Er begründet dies mit der abstrakt-logischen Überlegung, daß man unmöglich einem Recht den Vorrang vor einem anderen zugestehen könne, wenn es bei bestimmten Fallkonstellationen vorkommen könne, daß das eine Recht gänzlich ausfalle, während das andere volle Deckung erlange. Damit spielt er auf das - zugegebenermaßen verwunderliche - Ergebnis der h.M.³⁾ an, wonach das eine Recht je nach dessen Höhe bei einem bestimmten Erlös zugunsten des anderen Rechtes leer ausgehen könne. Beträgt z.B.³⁾ das versehentlich gelöschte Grundpfandrecht des A 20.000,-- DM, das des B 30.000,-- DM und das des redlichen C 10.000,-- DM, so bekommt bei einem Versteigerungserlös von 30.000,-- DM der C nichts, A erhält 20.000,-- DM, B 10.000,-- DM. Bei einem Versteigerungserlös von 40.000,-- DM bekommt der C dagegen seine vollen 10.000,-- DM, aber auch B erhält 20.000,-- DM, da er nur einen Betrag in Höhe der Post des A sich vorgehen lassen muß. Demnach bleiben für A hier nur 10.000,-- DM, er bekommt also bei höherem Versteigerungserlös weniger.

Freilich kann die h.M. nicht allein mit diesem erstaunlichen Ergebnis in einem Beispielsfall widerlegt werden. Es reicht zur Begründung nicht aus, auf eine seltsame Rechtsfolge hinzuweisen und lediglich davon auszugehen, "daß nicht sein kann, was nicht sein darf". Eine dogmatische Ableitung für seine

-
- 1) In neuerer Zeit wird keine Kritik mehr an der h.M. geübt, was die Entstehung einer relativen Rangordnung angeht. Über die Rechtsfolgen (Bestimmung des geringsten Gebots? Erlösverteilung?) gehen die Meinungen nach wie vor weit auseinander.
2) SächsArch. 12, 276 ff.
3) S. nur die Darstellung bei Wolff-Raiser § 41 IV 2.

Vorstellung gibt Langheineken keineswegs. Er beschränkt sich lediglich auf die Negation des Rangverhältnisses. Eine positive Erklärung, wie sich die Rechtslage denn nun gestalte, ist bei ihm nicht zu finden. Er beläßt es bei der reinen Behauptung, daß beim versehentlichen Löschen eines Rechts - ebenso wie bei § 881 IV - der Fall eintreten könne, daß von mehreren existenten Rechten am selben Grundstück eines (auf unser Beispiel übertragen, das des C) in keinem Rangverhältnis zu den anderen stehe⁴⁾⁵⁾.

II. Anders als Langheineken entwickelt einige Jahre später Brachvogel⁶⁾ eine weitere Konstruktion, die im Ergebnis ebenfalls relative Rangverhältnisse vermeiden soll. Er vermeint, die in der bisherigen Auseinandersetzung als angeblich unlösbare Schwierigkeiten erkannten Probleme⁷⁾ mit einer eleganten Theorie ohne weiteres lösen zu können. Er baut nämlich darauf auf, daß gar kein Kreis entstehe, der mit Gewalt und Willkür an irgendeiner Stelle durchbrochen werden müsse. Solange das zu Unrecht gelöschte Recht A noch nicht wieder eingetragen sei, entstehe überhaupt kein Rangverhältnis zwischen A und dem gutgläubig erworbenen Recht C; § 892 sei nicht in der Lage, ein solches zu begründen. Erst mit der Wiedereintragung⁸⁾ werde ein Rangverhältnis A - C begründet, aber gerade nicht durch § 892, sondern durch § 879 I, da in diesem Moment

4) Die Ranglage müßte sich dann nach Langheineken wohl so gestalten:

1. Rang = A (es ist nicht ersichtlich, daß A seinen ursprünglichen Rang verloren haben soll)

2. Rang = B. Also Rangfolge linear A - B.

C müßte völlig außerhalb der Rangfolge stehen. Das kann schon deshalb nicht sein, weil es unmöglich ist, daß das eingetragene Recht C nicht zumindest zu dem ebenfalls eingetragenen Recht des B im Rangverhältnis steht. Das ergibt sich schon daraus, daß zwei eingetragene Rechte am Grundstück stets automatisch im Rangverhältnis stehen (s.o.).

5) So hat Langheineken denn auch keinen Nachfolger gefunden.

6) Gruchot 69, 46 ff.; vgl. auch Gruchot 70, 465 ff.

7) Vgl. die Nachweise in Gruchot 69, 46.

8) Damit zieht Brachvogel überhaupt als einziger einen Unterschied zwischen Rechtslage v o r und n a c h Wiedereintragung.

nach den Kriterien des § 879 das Recht C vor dem des A rangiere - und zwar nicht etwa relativ, sondern absolut⁹⁾. Die Konstruktion der h.M. mit dem relativen Rangverhältnis sei demgegenüber nicht mit dem Gedanken des § 10 ZVG vereinbar. Es sei unmöglich, noch eine Rangordnung anzunehmen, wenn - entgegen dem Prinzip der ein für allemal feststehenden Rangfolge - die zur Hebung gelangenden Beträge verschieden seien je nach Höhe des Erlöses. Die Zwischenrechte würden nicht, wie erforderlich, unberührt bleiben. Überhaupt könne eine Rangordnung begriffsnotwendigerweise schlechthin immer nur linear sein, d.h. einer müsse der erste und ein anderer müsse der letzte sein. Eine kreisförmige Rangordnung, wie sie die h.M. zugrunde lege, "die gibt es nicht"¹⁰⁾. Ein Rangverhältnis zwischen A und C v o r Wiedereintragung des A würde überdies voraussetzen, daß beide Rechte existierten. Das sei aber gerade nicht der Fall, denn nach § 892 gelte dem C gegenüber das Recht A gerade als gar nicht vorhanden. Demgemäß könne kraft § 892 schlechthin kein Rangverhältnis zustande kommen. Dies sei erst mit der Wiedereintragung des A nach § 879 möglich. Gestützt werde seine Vorstellung auch davon, daß das Gesetz - würde es der h.M. folgen - eine ausdrückliche Regelung für Zwischenrechte getroffen hätte. Nur mit dieser, seiner eigenen Theorie würden sich die Schwierigkeiten der h.M. von selbst lösen und man geriete nicht in Widerspruch zu den Vorschriften des ZVG¹¹⁾.

Immerhin steckt in Brachvogels Gedankengang insoweit ein richtiger Kern, als § 892 den Fall des ungerechtfertigten

9) Graphisch dargestellt ergibt sich nach Brachvogel folgende Rangordnung:

- (a) vor Wiedereintragung des Rechtes A: A - B - C.
Also rangiert A vor B und B vor C; aber A nicht vor C und auch nicht etwa C vor A, d.h. A und C stehen in gar keinem Rangverhältnis zueinander.
- (b) Nach Wiedereintragung des Rechtes A hinter C:
A - B - C - A. Also rangiert A vor B, B rangiert vor C, C rangiert vor A; a b e r : A rangiert nicht vor C und B rangiert nicht vor A.

10) Gruchot 69, 50.

11) Wofür er dann in Gruchot 69, 51 ff. Rechenbeispiele für die Erlösverteilung gibt und das geringste Gebot feststellt.

Löschens, was den Rang angeht, nicht erfaßt und lediglich ein Rangverhältnis über § 879 möglich ist¹²⁾. Auch ist ihm insofern zuzustimmen, als es durchaus befremdet, daß das Recht A evtl. bei höherem Versteigerungserlös weniger erhält als bei geringerem.

Ansonsten läßt sich seine Konstruktion jedoch leicht entkräften¹³⁾. Zum einen erscheint seine Argumentation in sich widersprüchlich¹⁴⁾. Denn einerseits mißt er dem § 892 keine rangbegründende Wirkung bei, andererseits erkennt er aber - damit unvereinbar - § 892 doch insofern eine Wirkung zu, als danach die zu Unrecht gelöschte Hypothek A weiter bestehen bleibe; sie dürfe nur nicht zum Nachteil des gutgläubig erworbenen Rechtes C geltend gemacht werden¹⁵⁾. Damit gelangt er aber im Ergebnis auch v o r Neueintragung des Rechts A doch zu einem Rangverhältnis A - C. Denn - wie dargelegt¹⁶⁾ - besteht das Wesen des Rangs gerade darin, daß das Nachrecht nicht zum Nachteil des Vorrechts ausgeübt werden darf¹⁷⁾.

Überdies führt Brachvogels Ansicht für die Rechtslage n a c h Wiedereintragung des A m.E. sogar zum gleichen relativen Rangverhältnis wie die h.M.: Denn A steht ja sowohl am Anfang als auch am Ende der Rangfolge, womit sich die Kette wieder zum Kreis geschlossen haben müßte. Auch bei der Rangfolge A - B - C - A stellt sich wieder das Problem wie bei der h.M., an welcher Stelle der Hebel für die Berücksichtigung in der Zwangs-

12) Nämlich - worauf sich Brachvogel freilich nicht stützt - als Folge der formalen Rechtskraftwirkung der Eintragung (dazu noch später).

13) Im Ergebnis ebenso Grunsky S. 116 f., der jedoch Brachvogel vom Standpunkt der - noch abzulehnenden - h.M. aus ablehnt. Vgl. auch Breit S. 110 ff.; dagegen wiederum Brachvogel Gruchot 70, 465 ff.

14) So mit anderer Argumentation auch Breit S. 110 f.

15) Gruchot 69, 51.

16) S. 16 ff., 159 ff.

17) Wenn zwei Hypothekengläubiger am selben Grundstück berechtigt sind und überhaupt in einer Rechtsbeziehung zueinander stehen, wie auch Brachvogel das annimmt (das eine Recht dürfe nicht zum Nachteil des anderen geltend gemacht werden), dann bleibt doch schlechthin nur das Rangverhältnis. In welcher Rechtsbeziehung sollten die beiden, die sonst nichts miteinander zu tun haben, denn sonst zueinander stehen?

versteigerung willkürlich angesetzt werden soll (bei A am Anfang oder Ende, bei B oder C?). Ferner überzeugt auch der Hinweis auf die fehlende gesetzliche Regelung für die Zwischenrechte nicht, da nicht jede Lücke im Gesetz auf eine überlegte Entscheidung des Gesetzgebers zurückzuführen ist, sondern es sich durchaus auch um ein Vergessen und Übersehen der Problematik handeln kann¹⁸⁾.

Das der Ansicht Brachvogels letztendlich wohl ausschlaggebend zugrundeliegende Argument, eine Rangordnung müsse begriffsnotwendig linear sein, ist schließlich ebensowenig stichhaltig. Hier wird wieder behauptet, daß "nicht sein kann, was nicht sein darf". Überdies anerkennt die Rechtsordnung auch sonst durchaus relative Rangverhältnisse (vgl. etwa § 881 IV). Wenngleich relative Rangordnungen die seltenen, wegen der Verwicklungen durchaus unerwünschten Abweichungen vom sonst geltenden Grundsatz der linearen Rangordnung¹⁹⁾ sind, so kommt man an ihrer ausnahmsweisen Existenz doch nicht vorbei²⁰⁾²¹⁾.

III. Noch einen Schritt weiter als Brachvogel geht Breit²²⁾ im Bestreben, die bis dato als unlösbar erkannten Rangschwierigkeiten bei ungerechtfertigter Löschung zu überwinden. Nach dessen ausgefallener Konstruktion ändert sich auch mit der Wiedereintragung des ursprünglich gelöschten Rechts nicht an der Rechtslage. Vielmehr bleibe es dabei, daß schlechthin kein irgendwie geartetes Rangverhältnis zwischen zu Unrecht gelöschtem Recht und gutgläubig erworbener Belastung entstehen könne. Es dürfe keineswegs mit der h.M. gesagt werden, daß die gutgläubig erworbene Hypothek einer zu Unrecht ge-

18) Ebenso Grunsky S. 117.

19) Vgl. auch Breit S. 31 f.

20) S. auch Scheuerer S. 29.

21) Auch Brachvogels Ansicht hat keinerlei Anklang gefunden. Andererseits wird sie aber auch kaum ausdrücklich abgelehnt; dahingehend nur Grunsky S. 116 f. (allerdings auf Grundlage der h.M.) und Breit S. 32, 110 ff. (der freilich ebenfalls eine andere eigene Lösung als die hier noch zu entwickelnde vertritt, s. dazu im Folgenden).

22) S. 108 ff.; JR 1929, 101 f. S. ferner seine Monographie S. 31 ff., 41 ff., 90 f., 106 ff., 156 ff.; JR 1929, 102 ff.

löschten im Rang vorangehe; andererseits gehe aber auch nicht etwa die gutgläubig bestellte Hypothek der versehentlich gelöschten im Range nach. Das Rechtsverhältnis zwischen diesen beiden Rechten bestimme sich demgegenüber bei der Erlösverteilung allein nach § 812 insofern, als A dem C u.U.²³⁾ seinen Verlust ausgleichen müsse²⁴⁾.

Zur Ableitung dieser Konstruktion verweist Breit anhand von konkreten Zahlenbeispielen²⁵⁾ zunächst auf das befremdende Ergebnis der h.M., daß der vorrangige, zu Unrecht gelöschte A bei niedrigerem Versteigerungserlös mehr erhalten könne als bei höherem. Dieses Ergebnis widerspreche den anerkannten Grundsätzen des Hypothekenrechts und schlage der allgemeinen Rechtsauffassung ins Gesicht. Freilich sei diese merkwürdige Verteilungsweise doch rechtens. Allerdings nicht mit der Beweisführung der h.M., die auf unvollkommener Erkenntnis des Rangbegriffs und der daraus entstandenen "Irrlehre der Rangrelativität"²⁶⁾ beruhe. Die Theorie der Rangrelativität sei von vornherein begrifflich-logisch falsch²⁷⁾, da Rangrelativität als Unterfall der allgemeinen Rechtsrelativität stets gleichbedeutend sein müsse mit relativer Unwirksamkeit. Das Vor- Nachrangverhältnis sei aber gerade nicht mit der relativen Unwirksamkeit identisch. Denn relative Unwirksamkeit sei stets nur bei absoluten Rechten möglich. Nach seiner Vorstellung stelle sich der Rang aber gerade stets als rein obligatorische, von vornherein ohnehin nur relative Erscheinung dar (Rang als bloßes Verdrängungsschuldverhältnis nur zwischen je zwei Grundpfandgläubigern und nicht etwa zwischen

23) Nämlich wenn der unrechtmäßig gelöschten Hypothek ein Erlösteil zugewiesen worden ist, "während die gutgläubig bestellte, falls jene nicht berücksichtigt worden wäre, etwas oder mehr erhalten haben würde" (JR 1929, 102).

24) Also Rangfolge: A - B - C- D.h. das versehentlich gelöschte Recht A behält gegenüber dem bereits bei Löschung bestehenden Rechten den ursprünglichen Rang in der bei rechtmäßiger Eintragung bestehenden Rangfolge. A rangiert daher vor B. B rangiert vor C. A b e r : A rangiert nicht auch vor C und C rangiert nicht etwa vor A; vielmehr fällt deren Rechtsbeziehung gar nicht unter den Begriff des Rangverhältnisses, sondern nach § 812 hat A dem C u.U. seinen Vorteil auszugleichen.

25) S. 32 ff.

26) S. 41.

27) S. 41 ff.; 90 f.; JR 1929, 101.

einem und sämtlichen übrigen Belastungsinhabern). Rechtsrelativität sei im Gebiet der Schuldverhältnisse undenkbar, da obligatorische Ansprüche an sich schon relative Rechte seien und "doppelte Relativität" unmöglich sei.

Damit sei es auch undenkbar, mit der h.M. über § 892 ein Rangverhältnis zwischen A und C anzunehmen. Allerdings sei es selbstverständlich und entspreche der Logik, daß durch die versehentliche Löschung weder den bei ursprünglicher Eintragung bereits nachfolgenden Hypotheken ein Vorteil entstehen, noch die gelöschte einen Nachteil erleiden dürfe. Deshalb müsse es bei der alten Rangfolge bleiben²⁸⁾, und die Hypothek A müsse durch Streichung des Lösungsvermerks auch deklaratorisch den (materiell-rechtlich niemals verlorenen) ursprünglichen Rang wiedererhalten²⁹⁾ (also durch Streichung des Lösungsvermerks bei A nur rein formell-äußerliche Wiederkenntlichmachung der unveränderten Rangordnung). Zum anderen sei freilich auch selbstverständlich, daß der gutgläubige, nach Löschung neuerwerbende Dritte durch die Wiederherstellung der Eintragung des versehentlich gelöschten Rechts keinen Nachteil erleiden dürfe³⁰⁾. Da ja kein Rangverhältnis zwischen A und C entstehen könne, bleibe für C nur der Ausgleich über die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung³¹⁾. Mithin seien "praktisch" immer z w e i Erlösverteilungen aufzustellen: Zunächst die eine in der "früheren" Reihenfolge, d.h. der tatsächlichen Rangfolge mit der versehentlich gelöschten Hypothek an ihrer ursprünglichen Rangstelle; und darauf eine, in der diese unberücksichtigt bleibe³²⁾. Würde die gutgläubig erworbene Hypothek im zweiten Fall mehr erhalten als im ersten, so sei ihr diese Differenz über § 812 zu erstatten. Im Ergebnis³³⁾ könne dadurch sehr wohl der Fall auftreten, daß bei niedrigerem Erlös eine im Rang vorgehende Belastung (A) mehr erhalten könne als bei

28) S. 108 f.

29) S. 108 ff.

30) S. 109.

31) S. 115 ff.

32) S. 116 ff.

33) Vgl. seine Rechenexempel auf S. 116 f.; s. ferner S. 158 f.

höherem. Freilich habe das nichts mit relativem Rang zu tun, sei vielmehr mit § 812 zu erklären. Durch die ungerechtfertigte Bereicherung entstehe unabhängig vom Rang ein nebenherlaufendes Schuldverhältnis³⁴⁾.

Dieser Gedankengang Breits vermag nicht zu überzeugen. Letztendlich baut seine Vorstellung ausschlaggebend darauf auf, daß es sich auch beim dinglichen Rang lediglich um ein reines Verdrängungsschuldverhältnis handele, daß das Rangverhältnis die bloß schuldrechtliche Beziehung zwischen je zwei Hypothekengläubigern bilde (und nicht etwa eines Berechtigten zu s ä m t l i c h e n übrigen)³⁵⁾. An anderer Stelle wurde aber bereits dargetan, daß der Rang im Sachenrecht auf die spezifisch dingliche Abwehrkraft des früheren beschränkten Rechts zurückzuführen ist. Anders als nach Breits Konstruktion muß der Rang im Sachenrecht vom Rang im Obligationenrecht begrifflich scharf getrennt werden. Auch wurde bereits dargelegt, daß Rang bzw. Rangverhältnis sich nicht in der isolierten Beziehung nur e i n e s Hypothekengläubigers z u e i n e m anderen erschöpft, sondern das Rechtsverhältnis eines beschränkt Berechtigten z u s ä m t l i c h e n anderen verkörpert³⁶⁾. Damit ist der Konstruktion Breits der Boden entzogen. Es läßt sich nicht formallogisch - begriffsjuristisch die Unmöglichkeit der Entstehung relativer Ränge mit der Erwägung begründen, daß im Bereich des Rangs "als rein schuldrechtlicher Erscheinung" relative Rechtsgestaltungen von vornherein undenkbar seien.

34) Das aber auch gegen Rechtsnachfolger wirke (S. 117 f.).

35) Überhaupt meint Breit in seiner eigenwilligen Monographie, sämtliche Rangfragen damit lösen zu können, daß er davon ausgeht, daß das Rangverhältnis keine dingliche Wirkung habe, sondern nur reine Schuldverhältnisse begründe. Dabei kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß Breit von einer vorgefaßten Überzeugung ausgeht und, darauf aufbauend, alle weiteren Konstruktionen, mitunter recht gewaltsam, in diesen Rahmen preßt.

36) Vgl. dazu oben S. 206-209 und auch Mügel DJZ 1929, 406.

Aber auch davon abgesehen stehen eine Reihe von weiteren konstruktiven Bedenken Breits Theorie entgegen. Infolge seiner Konstruktion stehen mehrere wirksam existierende, eingetragene Rechte (A - C) in keinerlei Rangverhältnis zueinander. Selbst wenn der Auffassung gefolgt werden sollte, § 892 sei nicht in der Lage, eine Rangbeziehung zu begründen, kommt man nicht daran vorbei, daß zwischen A und C irgendein Rangverhältnis bestehen muß. Denn die Sachenrechtsordnung ist vom Grundsatz beherrscht, daß zwei (und mehr) eingetragene Rechte an derselben Sache automatisch im Rangverhältnis zueinander stehen. Namentlich § 879 I, II baut auf dieser Vorstellung auf (s.o.)³⁷⁾.

Überdies kommt Breit zu dem seltsamen Ergebnis, daß zwei Rechte (A und C) jeweils zu einem Dritten (B) in Rangbeziehung stehen, während untereinander kein Rang gelten soll. Das aber ist schlechthin konstruktiv unmöglich. Da der Rang im Rechtsverhältnis je einer Belastung zu sämtlichen anderen besteht, müßte über die beiderseitige Rechtsbeziehung zu B auch zwischen A und C irgendein Rangverhältnis geschaffen werden.

Konsequenterweise müßte Breit auf der Grundlage, Rangrelativität sei begrifflich schlechthin undenkbar, auch zum Ergebnis gelangen, daß überhaupt keine relative Rangverhältnisse entstehen können³⁸⁾. Das aber kann nicht stimmen, denn wie sollten etwa die Rechtsbeziehungen der Beteiligten in der Situation des § 881 IV verstanden werden? Sollte auch hier wieder zweifache Erlösverteilung mit Ausgleich über § 812 stattfinden? Dafür fehlt es an jedem Hinweis des Gesetzgebers in dieser Richtung.

Ferner stößt Breits weiterer Schritt, an die Stelle des Rangverhältnisses C - A das Schuldverhältnis des § 812 zu setzen, auf ernste Bedenken: Damit schiebt er doch nur eine andere Begründung vor, ohne an der Sache etwas zu ändern. Denn letztlich

37) S. 98-107.

38) Damit stünde Breit völlig allein.

wird im Ergebnis doch über den Kondiktionsausgleich zweier zunächst getrennt aufgestellter, verschiedener Rangfolgen (mit und ohne A) das gleiche Ergebnis erreicht wie von der h.M.³⁹⁾, nur eben über einen umständlichen, gekünstelt wirkenden Umweg.

Die Vorstellung *z w e i e r*, zunächst isolierter Erlösverteilungen wirkt überhaupt recht konstruiert und widerspricht völlig dem System der Zwangsvollstreckung⁴⁰⁾. Damit wird wiederum nicht dem Gedanken Rechnung getragen, daß der Rang nicht das isolierte Verhältnis je zweier Hypothekengläubiger untereinander darstellt, sondern das einheitliche Rechtsverhältnis je eines Berechtigten zu *a l l e n* anderen.

Ferner müßte nach Breit aus § 892 folgen, daß für den Gutgläubigen (nur er soll in den Schutz des § 812 einbezogen werden) der Ausgleich über den schuldrechtlichen § 812 erfolgen solle. § 892 gilt aber doch gerade für die *d i n g - l i c h e* Rechtslage. Es ist bedenklich, § 892 mit § 812 zu vermischen und eine Voraussetzung des § 892 (Gutgläubigkeit) auf § 812 zu übertragen. Wenn § 892 kein Rangverhältnis entstehen lassen kann, kann er doch auch kaum für § 812 als Tatbestandsvoraussetzung (nur der Gutgläubige soll geschützt werden) von Bedeutung sein.

Der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung dürfte überdies doch allenfalls in einem gesonderten, zusätzlichen Verfahren auf Betreiben des C hin geltend gemacht werden - nicht aber bereits im Verfahren der Zwangsversteigerung. Aufgabe des

39) Womit zugleich auch ihm der gleiche Vorwurf zu machen ist wie der h.M., daß nämlich der Versteigerungserlös auf befremdende Art und Weise zu verteilen ist (A erhält u.U. bei höherem Erlös weniger, und umgekehrt). Angesichts dessen fragt man sich überhaupt nach dem Wert des Lösungsversuchs Breits, wenn er doch zum gleichen merkwürdigen Ergebnis kommt wie die h.M.

40) Vgl. aber auch Arnheim JW 1929, 2503.

Versteigerungsrichters nach dem ZVG ist es nur, den Erlös entsprechend der R a n g f o l g e zu verteilen, nicht aber, einen von der Rangordnung unabhängigen, etwa daneben bestehenden B e r e i c h e r u n g s a n s p r u c h zu berücksichtigen. Ein gewöhnlicher schuldrechtlicher Anspruch aus § 812 kann überdies nur auf Betreiben des Gläubigers im Erkenntnisverfahren des ordentlichen Prozesses durchgesetzt werden, der Zwangsversteigerungsrichter im Vollstreckungsverfahren wird aber von Amts wegen tätig⁴¹⁾.

Wenn sich das Verhältnis A - C lediglich nach § 812 gestalten sollte, ließe sich weiterhin auch nicht erklären, wie dieser Ausgleichsanspruch ohne weiteres auch für beiderseitige Rechtsnachfolger wirken sollte. Breit⁴²⁾ beläßt es bei der reinen Behauptung, das nebenherlaufende Schuldverhältnis sei zwar nicht dinglich geworden, wirke aber als Besonderheit doch für und gegen Rechtsnachfolger. Das kann als Begründung nicht ausreichen, zumal Schuld- und Sachenrecht unzulässigerweise miteinander verquickt werden.

Schließlich dürften auch die Voraussetzungen des § 812 im einzelnen problematisch sein (Leistungskondition oder Eingriffskondition C - A ?, unmittelbar auf Kosten des C?, nicht § 879 als Rechtsgrund?). Es reicht jedenfalls nicht die lapidare Behauptung Breits⁴³⁾, daß der A bei Gutgläubigkeit des C ungerechtfertigt bereichert sei und "auf Kosten" sehr weit auszulegen sei⁴⁴⁾.

Abgesehen von diesen materiell-rechtlichen Hindernissen, die Breits Lösungsversuch nicht zu überwinden vermag, stehen auch rein formelle Gesichtspunkte seiner Konstruktion entgegen. Breit steht auch hinsichtlich der formellen Werkstellung der Wiedereintragung des ursprünglich gelöschten Rechts im

41) Bedenken in dieser Richtung bereits bei Mügel DJZ 1929, 404 f.

42) S. 118.

43) S. 115.

44) Zweifel auch bei Mügel DJZ 1929, 405; Brachvogel Gruchot 70, 468 f.

krassen Gegensatz zur absolut h.M. Nach seinen Ausführungen⁴⁵⁾ ist das Recht A nicht mit besonderem Vermerk über die Rangordnung h i n t e r dem gutgläubig erworbenen C wieder einzutragen. Vielmehr soll die ursprüngliche Eintragung a n d e r a l t e n S t e l l e zu bewirken sein, mittels Rückgängigmachung der Löschungseintragung (Streichung des Lösungsvermerks). Wobei freilich ausdrücklich der Zusatzvermerk zu machen sei, daß die unrechtmäßig gelöschte Hypothek A derjenigen des gutgläubigen Dritten C im Rang nicht vorgehe. - Die Wiedergutmachung für den A kann jedoch nicht durch Rückgängigmachung des Lösungsvermerks erreicht werden. Die Streichung des Lösungsvermerks und Wiedereintragung am alten Platz wäre völlig systemwidrig für die Grundbuchordnung, wonach Gelöschtes stets gelöscht bleiben muß⁴⁶⁾.

Demnach geht es nicht an, eine Lösung wie Breit zum versehentlichen Löschen eines Rechts zu vertreten⁴⁷⁾.

45) S. 108 ff.

46) Dahingehend bereits Arnheim JW 1929, 2503; s. ferner Planck-Strecker § 875 Erl. 5; Brachvogel Gruchot 70, 470; KGJ 33, A 277 ff.; BayObLG NJW 1961, 1265 (m.w.N.).

47) Im Ergebnis ebenfalls gegen Breits Konstruktion: Brachvogel Gruchot 70, 465 ff.; Mügel DJZ 1929, 404 ff.; Arnheim JW 1929, 2501 ff.

C. Neuentwicklung der eigenen Lösung. Automatischer Rangverlust allein durch die Löschung.

Die von der h.M. abweichenden Konstruktionen Langheinekens, Brachvogels und Breits¹⁾ waren abzulehnen. Daß sie überhaupt entwickelt wurden, läßt immerhin erkennen, daß die Theorie der h.M. nicht voll überzeugen kann. Und in der Tat bietet sich eine von der h.M. abweichende Konstruktion an, die den Vorteil der absoluten Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs auf ihrer Seite hat und zudem die mißliche Entstehung von relativen Rangverhältnissen vermeidet: der reinen Löschung die Wirkung beizulegen, den Rang schlechthin untergehen zu lassen. Gleichwohl hat noch keine Stimme in Rechtsprechung oder Literatur sich dazu durchringen können, mit der formalen Rechtskraft der grundbuchmäßigen Eintragsfolge Ernst zu machen und dem reinen Lösungsakt die Wirkung des automatischen Rangverlustes zukommen zu lassen²⁾³⁾⁴⁾.

Namentlich die konsequente Verwirklichung des richtig verstandenen Gedankens der formalen Rechtskraftwirkung der Rangseintragung spricht dafür, daß die Eintragung, wie sie unabhängig von den materiellen Erklärungen den Rang schafft, für den Rang auch nur solange maßgeblich bleiben kann, wie sie besteht.

-
- 1) Daneben ist theoretisch noch eine weitere Konstruktion denkbar: Daß der Rang (mit dem Recht) auch bei fehlerhafter Löschung erhalten bleibe und auch gegenüber einem Gutgläubigen nicht verloren gehen könne. Ein Teil der älteren Landesrechte baute auf dieser Vorstellung auf, vgl. die Nachweise bei Stobbe-Lehmann S. 226.
 - 2) Der Hinweis Güthes in JW 1912, 619, daß dieser Standpunkt nirgends vertreten werde, hat bis heute seine Gültigkeit. Immerhin läßt Güthes Argumentation an dieser Stelle erkennen, daß er diese Ansicht wenigstens für denkbar hält.
 - 3) Auch die auf den ersten Blick mißverständlichen Entscheidungen RGZ 69, 245 ff. u. 88, 278 ff. haben nur den Fall einer materiell wirksamen Löschungserklärung im Auge. - Lediglich der Grundbuchrichter, der in der Sache KG DFG 1943, 135 als Vorrichter tätig wurde, scheint im Ergebnis der gleichen Auffassung wie hier gewesen zu sein.
 - 4) Eine Parallele ist bei der Vormerkung aufgetaucht. Dort ist umstritten, ob die reine Löschung der Vormerkung formelle Rechtskraft besitzt (vgl. Kleinbach S. 113-144; BGH JuS 1973, 383).

I. Was die N e u eintragung der Rechte angeht, bekennt sich auch die weitaus h.M. in Literatur und Rechtsprechung zum Grundsatz der formellen Rechtskraftwirkung⁵⁾. Immerhin ist gelegentlich auch hinsichtlich der Rangneueintragung die extreme Gegenauffassung vertreten worden: § 879 I, II würde gar keine materiell-rechtliche Regelung des Rangs enthalten, sondern lediglich die Frage regeln, was hinsichtlich des Rangs als Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892 anzusehen sei. Namentlich Heck⁶⁾ geht davon aus, das Bürgerliche Gesetzbuch habe auch in Ansehung des Rangs das sonst⁷⁾ durchgeführte System des öffentlichen Glaubens nicht verlassen und durch das entgegengesetzte System der formellen Rechtskraft ersetzt. Der Rang richte sich - abgesehen vom Fall des gutgläubigen Erwerbs - nur nach der tatsächlichen Entstehungsfolge (echte Alterspriorität), nicht aber nach der grundbuchmäßigen Behandlung. Der Wortlaut des § 879 I, II ("das Rangverhältnis ... bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen; ... die Eintragung ist maßgebend") sei durchaus nicht eindeutig, wie die h.M. es unterstelle. § 879 I lasse sich nämlich nicht nur als Antwort auf die Frage "Wie bestimmt sich der Rang m a t e r i e l l ?" verstehen. Sondern die Vorschrift lasse sich zwanglos auch als Interpretationsnorm, als Art Erläuterung zu § 892 auffassen ("Was ist der Inhalt des Grundbuchs, der in § 892 gemeint ist, in Ansehung des Rangs?"). Und daß nur diese letztere Deutungsmöglichkeit die einzig richtige sein könne, ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte: Der Vorgänger des § 879 (§ 840 E I)

5) S. vorerst nur GütHe JW 1912, 609 ff.; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 6 a; RGZ 57, 280 ff.; BGH DNotZ 1971, 412 f.; ausführliche Nachweise S. 233 Fußn. 14.

6) Exkurs 4 (S. 496 ff.) u. S. 189.

7) Ansonsten, was die Entstehung des beschränkten dinglichen Rechts als solches, unabhängig von seinem Rang angeht, gilt nach dem System des BGB in der Tat nicht der Grundsatz der formellen Rechtskraft der Eintragung. Die Eintragung läßt nicht allein, ohne Rücksicht auf die Willensrichtung der Beteiligten das Recht so entstehen, wie der Inhalt des Grundbuchs es wiedergibt. S. Mot. III S. 161, 136 ff.; Prot. III S. 48; Denkschrift S. 116 f. - Das BGB hat nicht das System mancher früherer Privatrechte übernommen (vgl. Entwurf Bayern S. 29 ff. u. Becher S. 902; Spezielle Motive S. 667; vgl. auch Wolff-Raiser § 26 IV 1; Heck S. 139 f.; Enss S. 7 ff.; Kleinbach S. 107 ff.).

hatte seine Stellung unmittelbar hinter der Bestimmung über den öffentlichen Glauben. Schon aus dieser Systematik folge der Charakter des § 840 E I als reine Interpretationsvorschrift zum Inhalt des Grundbuchs i.S.d. öffentlichen Glaubens.

Zudem sei auch noch eine weitere Stelle der Materialien⁸⁾ heranzuziehen: Danach sei § 840 II E I mit der Begründung gestrichen worden, daß er fälschlicherweise den Eindruck erwecke, als komme der Eintragung konstitutive Wirkung zu. Damit habe man implizite die konstruktive Wirkung abgelehnt und stattdessen das System des öffentlichen Glaubens anerkannt. - Das gelte nicht nur für § 879 I, sondern auch für § 879 II. Letztere Vorschrift sei dann so zu verstehen, daß dem Erwerber die nach § 879 I sich ergebende Rangordnung bei Anwendung des § 892 auch dann zugute komme, wenn er wußte, daß bei seinem Recht die Einigung erst nach der Eintragung erfolgt war.

Die Begründung dieser Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Zunächst spricht bereits die ursprüngliche Stellung des § 840 E I kaum für die Ansicht Hecks. Die Nähe zu der Vorschrift über den Gutgläubenserwerb mutet rein zufällig, äußerlich an. Ein innerer Zusammenhang mit der Vorschrift über den guten Glauben des Grundbuchs ist nicht erkennbar. Jedenfalls ist diese Theorie nicht in der Lage, die endgültige, von § 892 entfernte Stellung des § 879 BGB zu erklären. Aus der Entwicklung, daß § 879 von § 892 getrennt wurde und sogar vor ihm steht, läßt sich doch eher der Umkehrschluß ziehen - daß beide Vorschriften nichts miteinander zu tun haben. Zumindest hätte es in den Protokollen einer ausdrücklichen Erklärung bedurft, wenn der Gesetzgeber Vorschriften systematisch derart auseinanderrisse, obwohl sie seiner Ansicht nach im engen Sachzusammenhang stünden. Mit einem reinen Redaktionsversehen läßt sich eine derartige Umstellung keinesfalls erklären.

8) Mot. III S. 227 Fußn. 2.

Auch der grammatikalischen Auslegung Hecks kann nicht gefolgt werden. Angesichts der unterschiedlichen Wortwahl in § 892 ("gilt") und in § 879 I, II ("bestimmt sich, ist maßgeblich") kann in beiden Vorschriften gerade nicht das gleiche gemeint sein, kann § 879 I, II die Vorschrift über den öffentlichen Glauben gerade nicht interpretieren. Die verschiedenen Kommissionen waren bei den Beratungen stets darauf bedacht, keine Mißverständnisse bei der Auslegung des Gesetzes aufkommen zu lassen. Wie die zahlreichen Änderungen des endgültigen Textes im Verhältnis zum E I zeigen, ist die Wortwahl stets reiflich durchdacht worden. Daraus folgt zwingend, daß mit den eindeutigen und unmißverständlichen Ausdrücken in § 879 I, II der grundbuchmäßigen Eintragung die für den Rang **a l l e i n e n t s c h e i d e n d e** Bedeutung zukommen soll. Nur diese Funktion kann die Eintragung haben, wenn es kategorisch heißt: "Das Rangverhältnis ... **b e s t i m m t s i c h** nach der Reihenfolge der Eintragungen"; "das unter Angabe eines früheren Tages eingetragene Recht **h a t** den Vorrang"; "unter Angabe desselben Tages eingetragene Rechte **h a b e n** gleichen Rang"; "die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann **m a ß g e b e n d**, wenn ..." - Und die gleiche feste und bestimmte Wortwahl findet sich auch noch in § 900 II 2. Bei der Auslegung jener Vorschrift zweifelt niemand daran, daß damit der Eintragung formelle Rechtskraft für den Rang zukommt. Auch das erlaubt den Rückschluß darauf, daß ebenso in § 879 I, II der Eintragung ausschließlich-rangbestimmende Funktion beizumessen ist.

Bei Hecks Auslegung wird ferner auch durch § 879 II bei positiver Kenntnis des Ersteingetragenen von mehreren Zwischenrechten auch der **B ö s** gläubige geschützt. Damit widerlegt Heck sich selbst und verläßt selbst das System des öffentlichen Glaubens, das doch gerade nur den **G u t** gläubigen schützen will⁹⁾.

9) S. Grunsky S. 93.

Ebensowenig stichhaltig ist der Hinweis auf die Äußerungen in Mot. III S. 227 Nr. 2. Denn dort wird lediglich auf den zweiten Absatz des § 840 E I Bezug genommen, d.h. nur auf den Fall der ausdrücklich abweichenden Parteivereinbarung über das Rangverhältnis. Der in § 879 I, II geregelte Fall wird damit nicht erfaßt. Allenfalls für § 879 III könnte dieses Argument Bedeutung erlangen.

Auch aus weiteren Stellen der Materialien, wo der Grundsatz der Alterspriorität auch für Grundstückssachenrechte niedergelegt ist, läßt sich nichts entnehmen, was der h.A. widerspräche¹⁰⁾. Vielmehr sieht der Gesetzgeber die Eintragung gerade als Indiz für das Alter an. Im Regelfall stimmen Alter und Eintragung (welche der Einigung i.d.R. nachfolgt) auch überein, ist die Alterspriorität also voll gewahrt. Daß bei einer Diskrepanz zwischen Eintragung und tatsächlichem Entstehungszeitpunkt aber die Eintragung ausschlaggebend ist, ergibt sich zwingend aus § 879 II: Wenn die Einigung - die das Recht erst entstehen läßt - später erfolgt, ist für das Rangverhältnis gleichwohl die Eintragung maßgebend. Damit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, daß er einen modifizierten Altersrang schaffen wollte. Der Grundsatz des Altersvorrangs ist zwar gewahrt, jedoch der technischen Ausgestaltung des Grundbuchs angepaßt. Die Eintragung ist entscheidend, sie hat nicht nur Indizfunktion, sondern gibt eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung für das Alter.

Ebenso spricht § 841 E I gegen Hecks Auffassung. Auf Grundlage seiner Theorie wäre nämlich eine Rangänderungsvereinbarung unnötig gewesen, da eine einfache Berichtigung nach § 843 E I genügt hätte¹¹⁾.

10) Vgl. Schumacher S. 32.

11) Junghans S. 16 f.

Auch interessenmäßig überzeugt Hecks Lösung kaum. Eine durch § 879 evtl. herbeigeführte Rangverschiebung läßt sich, wenn vielleicht auch nicht über § 812, dann doch zumindest über den Amtshaftungsanspruch ausgleichen. Und gegen Heck läßt sich schließlich auch anführen, daß bei seiner Auslegung der nicht wünschenswerte Zustand einträte, daß man aus dem Grundbuch *a l l e i n* die Rechtsverhältnisse am Grundstück nicht erkennen könnte (da ja das unverfälschte strenge Altersprinzip gälte). Im praktischen Interesse aller am Grundbuchverkehr Beteiligten muß § 879 I, II aber so verstanden werden, daß er bezweckt und erreicht, daß sich die Rangfolge *a l l e i n a u s d e m G r u n d b u c h* ergibt. Durch andernfalls erforderliche Einsicht in Grundakten oder sogar sonstige weitere Nachforschungen, wann das Recht nach dem strengen Altersprinzip in Wirklichkeit entstanden ist, würde der Grundbuchverkehr erheblich erschwert. Der Zweck des Gesetzes geht demgegenüber dahin, daß der Rang sich klipp und klar aus dem Grundbuch ergeben soll, ohne Zurückgreifen auf Vorgänge außerhalb des Grundbuchs. Das allein führt zur Praktikabilität. Derjenige, der das Grundbuch einsieht, muß sich auf den objektiven Inhalt der Eintragsfolge verlassen können.

Auch und gerade der dinglichen Wirkung des Rangs gegenüber Dritten wird Rechnung getragen, wenn die Rangordnung sich strikt nach der objektiven äußeren Eintragsfolge bestimmt. Die tatsächliche Entstehungszeit hängt von internen Abreden zwischen Rechtsbesteller und Erwerber ab. Darin kann der übrige, daran unbeteiligte Rechtsverkehr keinen Einblick haben. Die an der Rechtsbestellung unbeteiligten Dritten brauchen ein verlässliches, ohne Schwierigkeiten erkennbares Kriterium für die Rangordnung. Und das kann nur in der für jeden ersichtlichen äußeren Eintragsfolge im Grundbuch bestehen.

Nach alldem verwundert es nicht, daß Hecks Ansicht¹²⁾ kaum Anhänger gefunden hat¹³⁾. Im Einklang mit der absolut h.M.¹⁴⁾ ist davon auszugehen, daß § 879 I, II eine materiell-rechtliche Regelung der Rangfolge enthält. D.h. für Rechte, die ohne besonderen Rangvermerk eingetragen sind, kommt der Ein-

- 12) Vor Heck in dessen Richtung schon Frank S. 47 f. - Ohne eigene Begründung Heck zustimmend: Wieacker S. 117. - Vgl. auch Rahn BWNotZ 1958, 5 ff. - Immerhin de lege ferenda Hecks Theorie in Erwägung ziehend: Locher S. 133; Kleinbach S. 166 f.

Vor Heck hat Enss S. 10 ff. der Eintragung auch für den Rang kategorisch jede formale Rechtskraft aberkannt, ohne allerdings § 879 dann als Interpretationsvorschrift zu verstehen. Da er sich dabei darauf stützt, daß der Rang zum "Inhalt" der Rechte gehöre, kann ihm nicht zugestimmt werden.

- 13) Ausdrücklich gegen Heck: J.v.Gierke (3. Aufl.) S. 50; Junghans S. 12-22; Kleinbach S. 152-165; Woldering S. 15-25; Schumacher S. 31-34; Grunsky S. 92 f.; Wolff-Raiser S. 131 i.V.m. Fußn. 6; Staudinger-Seufert § 879 Bem. 6 a; Westermann § 81 I 1 (daß er Heck hinsichtlich § 879 I 2 zustimmt, interessiert hier nicht); Thürmann JuS 1976, 382.

- 14) Motive zur GBO, in: Entwurf GBO S. 88 f.; O.v.Gierke II § 119 Anm. 83; Fuchs I § 879 Bem. 3; Goldmann-Lilienthal § 39 I 5 u. 7 b; Oberneck I S. 306, 352; Turnau-Förster I S. 166 f.; Rosenberg S. 254.256; Predari § 46 Bem. 1 u. § 45 Bem. 2; Kretzschmar ZBlFG 18, 144 ff.; Güthe JW 1912, 609 ff.; Güthe-Triebel § 45 Bem. 39, § 13 Bem. 13, § 17 Bem. 28; Haupt S. 13-39; Arnheim § 46 Anm. 10; Planck-Strecker § 879 Bem. 5; Locher S. 131; Jaeckel-Güthe § 11 Rdn. 2; Lehle S. 39; J.v.Gierke (3. Aufl.) § 15 I 1 d; Nikisch S. 58; Thieme § 45 Bem. 10; Hesse DFG 1942, 117; Eichler II 2 S. 360; Schumacher S. 28 ff.; Kleinbach S. 145-184; Junghans S. 12 ff.; Grunsky S. 92 ff.; Röwer NJW 1957, 177; Lent NJW 1957, 178; Lent-Schwab S. 51; Hesse-Saage-Fischer § 45 Anm. VI; Soergel-Baur § 879 Rdn. 7; Erman-Westermann § 879 Rdn. 11; Palandt-Bassenge § 879 Bem. 3 c u. e; Meikel-Imhof-Riedel II § 13 Vorbem. 11 u. § 17 Bem. 13, III § 45 Bem. 158; Horber § 45 Bem. 2 Ba; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 6 a (vgl. auch Rdn. 20, 20 a/b); Gantzer S. 95 f.; Ertl, in: Grundbuchrecht, Einl. Rdn. 102 u. § 19 Rdn. 67; Thürmann JuS 1976, 382. RGZ 57, 280 ff.; 73, 173 ff.; 113, 407; RG WarnRspr. 1928 Nr. 33; RG HRR 1932 Nr. 1658; KG JFG 8, 289; 12, 290 ff.; KG HRR 1931 Nr. 222; KG Recht 1929 Nr. 1338; KG HRR 1930 Nr. 780; KG OLGRspr. 36, 148; KGJ 39, A 248 ff.; KG DFG 1943, 135; OLG Hamburg OLGRspr. 45, 86 ff.; BayObLG RJA 15, 75; OLG Düsseldorf JMBlnRW 1950, 127 (128 f.); OLG Düsseldorf SJZ 1950, 915 (m.Anm. Lent); BGHZ 21, 98 (99); BGH DNotZ 1971, 411 (412 f.); neuestens BayObLG Rpfleger 1976, 303. Der Sache nach wohl auch Woldering S. 15 ff. (namentlich S. 16-18). Unklar RGRK-Pritsch § 879 Anm. 38. Vgl. auch Lange Gruchot 73, 145 ff.; Wolf S. 272 f.; Biermann § 879 Bem. 2; Prot. III S. 91.

tragung für den Rang formale Rechtskraft zu¹⁵⁾.

Materiell-rechtlich bestimmt sich der Rang allein nach der Eintragung, richtet er sich nur nach der grundbuchmäßigen Behandlung¹⁶⁾. Das bedeutet nicht nur, daß es gleichgültig ist, wann das Recht materiell entstanden ist (die oben entgegen Heck dargelegte Modifizierung des Altersgrundsatzes), sondern es kann folgerichtig auch nicht darauf ankommen, in welcher Reihenfolge die Eintragungsanträge gestellt sind; und es ist ohne Bedeutung, wenn das Grundbuchamt gegen die Vorschriften der §§ 17, 45 GBO über die Erledigung der Anträge entsprechend ihrem zeitlichen Eingang verstoßen hat. Gleichgültig ist schließlich auch, über welchen Rang sich die Beteiligten geeinigt haben¹⁷⁾¹⁸⁾¹⁹⁾.

-
- 15) Zu Reformvorschlägen, auf andere Kriterien abzustellen, vgl. Locher S. 131 ff.; Hesse DFG 1942, 117 ff.; Westermann ZAKDR 1943, 191 ff.; Kleinbach S. 165 ff.; Schumacher S. 68 ff., 74 ff.
 - 16) Das ist nicht in allen deutschsprachigen Rechtsräumen der Fall. So kennen das schweizerische ZGB und das österreichische ABGB keine so konsequente formelle Rechtskraft, vgl. Schumacher S. 52 ff., 61 ff.; Kleinbach S. 176 ff.
 - 17) Das ist der Fall, wenn die Parteien sich über einen bestimmten Rang geeinigt haben, o h n e daß das noch ausdrücklich kraft eines besonderen Vermerks im Grundbuch festgehalten wird. Der Fall des § 879 III (besonderer Rangvermerk) wird von der h.M. durchweg anders behandelt, d.h. dort wird die formale Rechtskraft fast durchgehend abgelehnt: s. etwa Güthe JW 1912, 616 ff.; Woldering S. 53 ff.; Kleinbach S. 147 ff.; Junghans S. 23 ff.; a.A. etwa Kretzschmar ZBlFG 18, 145 ff.
 - 18) Der formalen Rechtskraftwirkung steht es auch nicht entgegen, wenn manche Autoren bei einer von der Einigung abweichenden Rangeintragung im Fall des § 879 I das Grundbuch u.U. über § 139 bzw. § 140 g a n z unrichtig sein lassen wollen (etwa Planck-Streicher § 879 Bem. 6; Schumacher S. 38 ff.; Lange Gruchot 73, 145 ff.). Auch diese Autoren sind jedenfalls darüber einig, daß das Grundbuch bei von der Einigung abweichender Eintragung entweder ganz oder gar nicht unrichtig ist. D.h. es bleibt bei der formalen Rechtskraft, denn sofern das Recht ü b e r h a u p t besteht, hat es auch nach diesen Autoren d e n R a n g , d e n d a s G r u n d b u c h n a c h § 879 I a u s w e i s t .
 - 19) Wenn die h.M. schlagwortartig von der formalen Rechtskraftwirkung der Eintragung für den Rang spricht, so läßt sich deren Wirkung in die im Text genannten drei Richtungen zerlegen. Weitaus am häufigsten wird die formale Rechtskraft im Zusammenhang mit dem Verstoß gegen §§ 17, 45 GBO erörtert.

Über den Rang entscheiden die E i n t r a g u n g e n , sei es nach Maßgabe ihrer räumlichen Reihenfolge oder nach Maßgabe der Eintragungsdaten, und zwar die Eintragungen a l l e i n . § 879 I, II ist als ein Rest der formellen Rechtskraft der Eintragungen anzusehen.

Das alles beschränkt sich nach völlig einhelliger Ansicht jedoch nur auf den Fall der N e u eintragung von Rechten. Der äußere Inhalt des Grundbuchs soll ausschließlich bei der e r s t e n , d e n R a n g b e g r ü n d e n d e n Eintragung auch für die materielle Rechtslage maßgebend sein. Ganz anders wird die Rechtslage behandelt, wenn ein Recht durch eine solche Eintragung einmal einen bestimmten Rang erlangt hat. Wird sodann das Recht aus irgendeinem Grunde zu Unrecht gelöscht, so hat das nach völlig einmütiger Auffassung²⁰⁾ weder das Erlöschen des Rechtes selbst noch das Erlöschen des ursprünglichen Rangs zur Folge. Vielmehr bleibe das Recht mit dem ihm nach seiner Ersteintragung zukommenden Rang solange bestehen, wie es nicht durch einen Erwerb aufgrund der Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs verdrängt werde. Das Grundbuch werde durch die fehlerhafte Löschung nicht nur hinsichtlich des Rechts als solchem, sondern auch bezüglich der Rangordnung unrichtig²⁰⁾.

II. Soll mit der formellen Rechtskraftwirkung der Bucheintragungen Ernst gemacht werden, muß diese sich jedoch auch auf die Rechtslage nach fehlerhafter L ö s c h u n g eines Rechtes beziehen. Sämtliche Argumente, die oben zur Begründung der formalen Rechtskraft bei der N e u eintragung angeführt worden sind, lassen sich ohne weiteres auch auf die L ö s c h u n g übertragen. Und es ist nicht einzusehen, wieso die guten Gründe, die dort ausschlaggebend gewesen sind, nicht auch hier ihre Gültigkeit haben sollen. Sowohl Neueintragung als auch Löschung sind gleichermaßen grundbuchmäßige Vermerke, die für die Rechte in all ihren Ausstrahlungen maß-

20) Besonders deutlich KG DFG 1943, 135; ausführliche Nachweise S. 211 Fußn. 3.

gebend sind. Funktionell bestehen zwischen N e u eintragung und L ö s c h u n g keine Unterschiede. Dann ist es nur konsequent, die Grundsätze, die für die Neueintragung entwickelt worden sind, auch auf die Löschung anzuwenden.

Folgerichtig zu Ende gedacht, muß die f o r m e l l e äußere Eintragungsfolge auch nach der Löschung die materielle Rangordnung bestimmen. D.h. allein durch den Lösungsakt ändert sich die materielle Rangordnung. Das gelöschte Recht bleibt zwar als solches bestehen, da es gem. § 875 BGB nur mit Willen des Berechtigten untergehen kann - der R a n g geht jedoch durch die reine Löschung verloren. Wie sie unabhängig von den materiellen Erklärungen den Rang s c h a f f t, kann die Eintragung für den Rang auch n u r s o l a n g e m a ß g e b e n d bleiben, w i e s i e b e s t e h t. Das Grundbuch ist mithin, was die Rangordnung angeht, auch nach der materiell fehlerhaften Löschung richtig²¹⁾.

Ein Anhaltspunkt dafür, daß die Wirkung von Neueintragung und Löschung einer Belastung grundsätzlich gleich behandelt werden müssen, ergibt sich schon aus deren funktioneller Gleichbehandlung in der GBO und der GBVfg. Bereits rein systematisch wird dort zwischen der grundsätzlichen Bedeutung von Neueintragung und Löschung kein Unterschied gezogen. Unter der gemeinsamen Überschrift "Eintragungen in das Grundbuch" werden in der GBO in ein und demselben Kapitel in den §§ 13 - 55 neben der positiven Neueintragung auch die negativen Löschungen behandelt (namentlich in §§ 27, 46 GBO)²²⁾. D.h.

21) Zur Klarstellung sei nochmals darauf verwiesen, daß hier nur der Fall des § 879 I behandelt wird. Ob die Ausführungen auch für abweichende Rangbestimmung mit besonderem Rangvermerk (§ 879 III), Rangänderung (§ 880) und Rangvorbehalt (§ 881) gelten, ist eine andere Frage.

22) Daß die "Löschung als gegenstandslos" in §§ 84 ff. GBO geregelt ist, steht nicht entgegen. Bei ihr handelt es sich um einen Sonderfall, der eines besonderen Abschnitts bedurfte.

"Eintragung" bildet den Oberbegriff für Neueintragung und Löschung. Mit der gleichen Tendenz regelt die GBVfg. in § 17 die "Löschung der Rechte" im Kapitel "Eintragungen". Aus dieser Systematik ist zu entnehmen, daß das formelle Recht von einer funktionell generell gleichen Bedeutung von Neueintragung und Löschung ausgeht²³⁾.

Diese grundsätzliche Begriffsidentität im formellen Recht muß sich bei § 879 auch auf das materielle Recht auswirken. Dem läßt sich nicht entgegenhalten, der Gesetzgeber des Grundbuchrechts könne von einem anderen Verständnis des Verhältnisses Neueintragung - Löschung als das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausgehen. Denn § 879 enthält ja gerade den Grundsatz, daß das formelle Recht (die grundbuchmäßige Eintragung) das materielle Recht (die materielle Rangfolge) bestimmt; d.h. er erhebt das formelle Recht zum materiellen Recht und erkennt diesem somit materielle Bedeutung zu.

Zwischen formellem und materiellem Recht kann hinsichtlich der Rangfolge kein Unterschied bestehen. Bereits an anderer Stelle wurde dargelegt, daß es nur e i n e n Rang gibt, daß formeller und materieller Rang begrifflich identisch sind. Das bedingt auch ein gleiches Verständnis von "Eintragung" i.S. eines Oberbegriffs für "Neueintragung" und "Löschung", sowohl für die "formelle" Rangfolge i.S. der Grundbuchordnung als auch für die "materielle" Rangfolge i.S.d. § 879.

Die funktionelle Identität von "Neueintragung" und "Löschung" bedingt, daß das, was für erstere gilt, auch für letztere gelten muß: Wenn der Neueintragung für den Rang formelle Rechtskraft zukommt, dann muß auch für die Löschung hinsichtlich des Rangs formelle Rechtskraftwirkung gelten. Wenn sich

23) So wird denn auch nirgends ein wesensmäßiger Unterschied zwischen Neueintragung und Löschung der Rechte gezogen. Im Gegenteil, meist wird ausdrücklich festgestellt, i.S. des Grundbuchrechts gehörten zu den "Eintragungen" auch die "Löschungen" (s. etwa Meikel-Imhof-Riedel II § 13 V 7).

Neueintragung und Löschung (hinsichtlich des Rangs) begrifflich nicht unterscheiden, dann können sie es auch in ihrer Wirkung nicht. § 879 I ist daher so zu verstehen, daß unter "Eintragungen" auch "Löschungen" fallen²⁴⁾.

Das muß um so mehr gelten, als der Wortlaut des § 879 sich auch so verstehen läßt, daß mit "Eintragungen" nicht nur der reine Akt des Einschreibens, die Tätigkeit des Eintragens gemeint ist - sondern auch der "Zustand des Eingeschriebenseins", das Eingeschriebene. Im allgemeinen Sprachgebrauch kann man unter "Eintragung" beides verstehen. Und nicht nur die GBO, sondern auch das BGB folgt diesem doppeldeutigen Sprachgebrauch. In beiden Gesetzen wird der Begriff in verschiedener Bedeutung angewendet²⁵⁾. Und § 879 läßt sich m.E. nur so verstehen, daß in der Tat (auch) die zweite Bedeutung gemeint ist. Denn jede Eintragungstätigkeit zeitigt selbstverständlich auch einen Erfolg - der eben in dem korrespondierenden Eintrag, dem Zustand des Eingeschriebenseins besteht. Ein Eintragungsakt ohne einen übereinstimmenden Eintragungserfolg, eben den Zustand des Eingetragenseins, ist undenkbar.

Als Hauptzweck der formalen Rechtskraftwirkung der (Neu-)Eintragung für den Rang war oben erkannt worden, daß der formelle äußere Bestand des Grundbuches unzweideutig und ausschließlich Auskunft über die materielle Rechtslage hinsichtlich des Rangs geben soll. Und dieser formelle, äußere Bestand des Grundbuchs besteht eben nicht nur in der Tätigkeit des Eintragens, sondern zugleich in dem sich daraus ergebenden Erfolg - eben dem Zustand des Eingetragenseins.

24) Daß im BGB an s o n s t e n zwischen Neueintragung und Löschung ein Unterschied gezogen wird, steht nicht entgegen. Denn diese Vorschriften (besonders deutlich § 873 - § 875) beziehen sich stets auf die R e c h t e als solche. Und der Rang selbst ist ja gerade nicht als "Recht" zu verstehen.

25) So ganz allgemein (ohne Bezug auf eine konkrete Vorschrift) etwa Meikel-Imhof-Riedel II § 13 Vorbem. 2.

Nicht allein der Hergang der Eintragung, der Vollzug der behördlichen Tätigkeit kann Inhalt des Grundbuchs sein; sondern der Inhalt des Buches, der die materielle Rangfolge bestimmt, ist stets auch der äußere Zustand des Eingetragenseins. Indiz dafür gibt schließlich der Wortlaut in § 879 I selbst. Dort heißt es "sind die Rechte in derselben bzw. verschiedenen Abteilungen eingetragen ...". Da der Gesetzgeber hier den Dativ statt des Akkusativs verwendet, hat er hier gerade nicht (nur) die Tätigkeit selbst, sondern (auch) den Erfolg der Tätigkeit gemeint. Er gibt nicht eine Antwort auf die Frage "wohin" die Eintragung zu erfolgen hat, sondern "wo" sie erfolgt ist. Dem entspricht auch das ganz einhellige Verständnis vom Verhältnis des § 45 GBO zu § 879: § 45 GBO bestimmt, wie die Eintragung **z u s t a n d e k o m m t**; und § 879 BGB bestimmt, wie die äußere Erscheinungsform dann aus dem Grundbuch zu entnehmen, wie das Grundbuch zu lesen ist²⁶⁾.

Wenn aber unter "Eintragung" i.S.d. § 879 die äußere Erscheinungsform des Grundbuchs, der Zustand der Eintragungen zu verstehen ist, dann müssen auch **L ö s c h u n g e n** für die Rangfolge von Bedeutung sein. Denn auch durch die Löschungen wird ja der äußere Bestand des Grundbuches geändert, wird eine andere objektive Eintragungsfolge geschaffen (rein äußerlich weist der Bestand des Grundbuchs auf ein Aufrücken der Nachrechte hin). Mithin muß der reinen Löschung ebenso wie ihrem wesensgleichen Gegenstück, der Neueintragung, formelle Rechtskraft zukommen. § 879 erfaßt seinem Anwendungsbereich nach das **g e s a m t e ä u ß e r e E r s c h e i n u n g s b i l d** des Grundbuches, also den Zustand der Eintragungen, d.h. die objektive Rangordnung sowohl nach Neueintragungen als auch nach Löschungen. § 879 I ist somit auch auf die zu Unrecht gelöschten Rechte anwendbar²⁷⁾.

26) Statt aller s. nur Friedrich (Diss.) S. 21.

27) Anders natürlich die h.M. (wenn überhaupt ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dann freilich stets ohne nähere Begründung), s. etwa Meikel-Imhof-Riedel III § 45 Rdn. 8 ("auf zu Unrecht gelöschte Rechte ist § 879 nicht anwendbar"); Berger S. 2 (§ 879 passe nicht auf die zu Unrecht gelöschten Rechte).

Die drei von der h.M. bei der N e u eintragung anerkannten Ausstrahlungen der formellen Rechtskraft auf den Rang des Rechts sind demzufolge auch auf die Löschung zu übertragen: Unerheblich ist, ob bei der Löschung gegen irgendwelche formalrechtlichen Vorschriften der GBO verstoßen wird²⁸⁾. Gleichgültig ist der Verstoß gegen das Altersprinzip (durch das automatische Aufrücken verdrängen die in Wirklichkeit erst später entstandenen Rechte das ursprünglich vorrangige Recht von seiner früheren Altersposition). Und ohne Bedeutung ist namentlich der wahre Wille des Rechtsinhabers. In jedem Falle verliert der ursprünglich Vorberechtigte ausschließlich durch die Löschung²⁹⁾, wenn auch nicht sein Recht insgesamt, so doch seinen Vorrang.

Auf den Ausgangsfall übertragen bedeutet das: Das Recht A verliert durch die zu Unrecht erfolgte Löschung seinen ursprünglichen Vorrang. Solange es nicht wieder eingetragen wird, besitzt es überhaupt keinen Rang. Erst durch die Neueintragung³⁰⁾ erlangt es wieder einen Rang, und zwar - nach § 879 I - hinter dem noch von früher eingetragenen Recht B und dem inzwischen neu eingetragenen Recht C. Denn eine bessere Rangposition kann es nicht mehr erlangen, da die besseren Ränge nach seiner Löschung inzwischen von den anderen Hypotheken besetzt worden sind. Nach dem Grundsatz der beweglichen Rangordnung ist das Recht B nach der Löschung automatisch aufgerückt, und das Recht C hat ohne weiteres den nach Hypothek B nächstfreien Raum eingenommen. Für A bleibt nur noch der Rang hinter diesen beiden³¹⁾.

28) Zu denken ist etwa an einen Verstoß gegen §§ 22, 27, 13, 19, 39, 40, 41 f. GBO.

29) Gleichgültig ob nach § 46 I oder § 46 II GBO.

30) Formellrechtlich ist die Wiedereintragung wie eine ganz normale Ersteintragung zu bewirken, ohne besonderen Rangvermerk an der "bereitesten Stelle".

31) Graphisch dargestellt gestaltet sich die Rangfolge so:

- (a) Vor Neueintragung: B - C. V o r Neueintragung scheidet A gänzlich aus der Rangordnung aus; bei eintragsbedürftigen Rechten gibt es keinen Rang außerhalb des Grundbuchs.
- (b) Nach Neueintragung: B - C - A. N a c h Neueintragung des Rechtes A an der "bereitesten Stelle" ergibt sich eine ganz normale lineare - nicht relative - Reihenfolge mit Vorrang des B vor C, Vorrang des C vor A (und damit auch Vorrang des B vor A).

Damit kann bei der ungerechtfertigten Löschung *n i e* eine relative Rangordnung entstehen, gleichgültig ob vor der Neueintragung des Rechtes A inzwischen für einen Gutgläubigen eine weitere Belastung eingetragen worden ist. Auch durch § 892 können keine relativen Rangverhältnisse entstehen. Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb sind gar nicht anwendbar, da das Grundbuch die Rangfolge nach § 879 I *s t e t s r i c h t i g* ausweist. Aus § 892 kann sich überhaupt keine Rangordnung ergeben. Für die Rangordnung eintragungsbedürftiger Rechte ist § 879 *a u s s c h l i e ß - l i c h* maßgebend. Insoweit verdrängt § 879 I als speziellere Regelung den § 892³²⁾.

Das wirkt sich auf verschiedene Abwandlungen des Ausgangsfalls aus: So erhält die Hypothek C auch dann den (absoluten) Vorrang vor dem später wieder eingetragenen Recht A, wenn der C bösgläubig ist (d.h. weiß, daß A nur versehentlich gelöscht wurde). Das ist eine Folge davon, daß die materielle Rangordnung sich allein nach der rein äußerlichen Eintragungsfolge bestimmt. Auf Willensmomente wie Gut- oder Bösgläubigkeit kann es nicht ankommen. Demzufolge gestaltet sich die Rangordnung auch einheitlich linear, wenn gutgläubiger und bösgläubiger Erwerb zusammentreffen: Die Hypothek B wird erst nach Löschung A eingetragen, wobei B weiß, daß A zu Unrecht gelöscht ist. Danach wird für den gutgläubigen C eine weitere Hypothek bestellt. Nach Wiedereintragung des A hinter B und C bestimmt sich die Rangfolge linear: B - C - A.

Ebensowenig kann es eine Rolle spielen, ob statt der Hypothek C nach Löschung des Rechtes A hinter der Hypothek B für den Grundstückseigentümer eine Eigentümergrundschild E eingetragen wird. Die Rangfolge bestimmt sich wieder linear: B - E - A. Für die h.M. würde freilich noch die Problematik des Verkehrsgeschäftes bei § 892 auftauchen. Diese Frage müßte sich nämlich nicht nur für den Rechtserwerb selbst (gutgläubiger Bucheigentümer bestellt für sich Eigentümergrundschild³³⁾), sondern

32) Insoweit im Ergebnis ebenso Brachvogel Gruchot 69, 46 ff.

33) Vgl. etwa Staudinger-Seufert § 892 Rdn. 21; Reinhard S. 109.

auch für den R a n g erwerb auswirken. Nach der hier vertretenen Auffassung erwirbt das Recht E demgegenüber ohne weiteres den Rang, der ihm nach der rein äußerlichen grundbuchmäßigen Eintragsungsfolge zukommt. Die Problematik des "Verkehrsgeschäftes" ist ebenso gegenstandslos wie die Willensrichtung des E (gutgläubig oder nicht).

Nach der hier dargestellten Auffassung findet § 892 auf den Fall der versehentlichen Löschung eines Rechts hinsichtlich der Rangfolge gar keine Anwendung. Im scheinbaren Widerspruch dazu stehen verschiedene Bestimmungen, wonach der Vorrang von Sachenrechten doch gutgläubig zu erwerben ist³⁴⁾:

So ist nach §§ 1208, 1032 S. 2 HS. 2 im Mobiliarsachenrecht ausdrücklich gutgläubiger Vorrangserwerb zugelassen. Diese Regelungen lassen sich jedoch nicht als Indiz gegen die hier entwickelte Lösung anführen. Der darin enthaltene Rechtsgedanke kann nicht auf die Rechtslage im Grundstückssachenrecht übertragen werden. Die h.M. kann in §§ 1208, 1032 S. 2 HS. 2 keine Stütze für ihre Ansicht finden, daß auch nur § 892 dem gutgläubigen Erwerber eines beschränkten dinglichen Rechts den Vorrang vor bereits bestehenden, jedoch nicht eingetragenen Belastungen verschaffen könne³⁵⁾. Die besondere Funktion der grundbuchmäßigen Eintragung für den Rang verbietet es, aus der Rechtslage im Gebiet der Rechte an beweglichen Sachen Rückschlüsse auf eine vermeintlich parallele Gestaltung im Bereich der Grundstückssachenrechte zu ziehen. Das muß um so mehr gelten, als es an einer (etwa dem § 1208 entsprechenden) ausdrücklichen Bestimmung über den gutgläubigen Vorrangserwerb bei den Grundstücksbelastungen gerade fehlt.

34) Wenn in Mot. III S. 230 ausdrücklich auf die Anwendbarkeit der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb verwiesen wird, so steht das ebensowenig entgegen. Denn dieser Verweis bezieht sich nur auf die Rang ä n d e r u n g i.S.d. § 880.

35) So aber Grunsky S. 117.

Ebensowenig ergibt sich aus Art. 118 EGBGB, daß der Rang der Grundstücksbelastungen ganz allgemein unter § 892 fallen müsse. Nach S. 2 dieser Vorschrift hängt die Wirksamkeit des Vorrangs gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs von der Eintragung ab. Diese Sonderregelung bezieht sich lediglich auf einen Spezialfall, den Untergang nicht eintragsbedürftiger landesgesetzlich normierter gesetzlicher Vorränge für Meliorationsdarlehen. Art. 118 EGBGB ist so zu verstehen: Der Vorrang entsteht kraft Gesetzes - also gerade abweichend von § 879 - bereits ohne Eintragung, gilt aber nicht, wenn ein Dritter voreingetragene Rechte neu erwirbt. Der Fall des ungerechtfertigten Löschsens rechtsgeschäftlich bestellter eintragsbedürftiger Belastungen wird davon nicht berührt. Im übrigen ist Art. 118 EGBGB gegenwärtig auch völlig gegenstandslos, da die Landesgesetzgebung z.Z. vom Vorbehalt in Art. 118 S. 1 keinen Gebrauch gemacht hat³⁶⁾.

Auch § 20 AufwG erlaubt nicht den (Fehl-)Schluß, bei ungerechtfertigter Löschung einer nach § 879 entstandenen Belastung würden hinsichtlich des Rangs die Vorschriften über den guten Glauben des Grundbuchs eingreifen. Aus dem Verweis auf § 892 in jener Bestimmung ist nicht zu entnehmen, daß der Vorrang stets nur gutgläubig zu erwerben sei. Jene Bestimmung regelt die Frage, welchen Rang eine Hypothek erhält, die bereits r e c h t m ä ß i g gelöscht ist, jedoch kraft der besonderen legislativen Anordnung des Aufwertungsgesetzes (§§ 14, 15, 20 AufwG) wieder neue Existenz erhält. Wenn dann darauf verwiesen wird, daß diese wieder aufgelebte Hypothek nur gegenüber den inzwischen gutgläubig erworbenen weiteren Belastungen ihren ursprünglichen Rang verliert, so läßt sich daraus nichts für die hier interessierende Frage ableiten. Der dort gegebene Verweis auf die Möglichkeit des gutgläubigen Vorrangserwerbs im Grundstückssachenrecht kann nicht auf den Fall des u n g e r e c h t f e r t i g t e n Löschsens einer nach § 879 entstandenen Belastung ausgedehnt werden, zumal es sich beim Aufwertungsgesetz um ein neben dem BGB geschaffenes,

36) Vgl. Staudinger-Promberger Art. 118 EGBGB Rdn. 8.

aus einer wirtschaftlichen Notsituation heraus geborenes Sondergesetz handelt³⁷⁾.

Wie dargelegt, führt die hier entwickelte Lösung ohne Rücksicht auf den Willen des Rechtsinhabers allein durch die Löschung zum Rangverlust, und damit zu einer Beeinträchtigung des Rechtes. Dem steht scheinbar entgegen, daß einmal wirksam bestellte Grundstücksbelastungen nach dem Grundgedanken mehrerer Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur mit dem korrespondierenden wahren Willen des Berechtigten eine materiell-rechtlich wirksame Veränderung erfahren können:

Bereits aus § 875³⁸⁾ ist zu entnehmen, daß zum materiell wirksamen Untergang einer Rechtsposition neben dem reinen Lösungsakt auch die übereinstimmende Willensrichtung des Berechtigten erforderlich ist; ansonsten wird das Grundbuch unrichtig. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift erstreckt sich kraft unmißverständlichen Wortlauts jedoch ausdrücklich nur auf *R e c h t e*, d.h. auf echte beschränkte dingliche Grundstücksrechte als solche.

Daß der *R a n g* selbst aber gerade kein echtes Sachenrecht darstellt, das wurde bereits an anderer Stelle begründet. Und angesichts der dem Wortlaut nach eindeutigen Beschränkung des § 875 auf echte Grundstücksrechte verbietet sich auch eine etwaige analoge Anwendung des in dieser Vorschrift enthaltenen Rechtsgedankens auf den Rang als solchen³⁹⁾.

Aus der Regelung in § 875 läßt sich demnach nichts gegen die hier vertretene Konstruktion entnehmen. Aus der strengen Beschränkung auf *R e c h t e* ließe sich sogar eher der Umkehr-

37) Ein weiteres Indiz für die unterschiedliche Interessenlage ist darin zu finden, daß vielfach auch der Begriff des öffentlichen Glaubens im BGB anders gesehen wird als im Aufwertungsrecht. S. dazu Simsch S. 24 ff.; Harder S. 10 f.

38) Auf den sich denn auch manche Vertreter der h.M. berufen (s.o.).

39) § 875 ist überhaupt restriktiv auszulegen. Auf Vormerkung, Widerspruch und Verfügungsbeschränkung z.B. ist § 875 nicht anzuwenden, s. etwa RGRK-Pritsch § 875 Anm. 6.

schluß ziehen. Daß nämlich dann, wenn keine Rechte gelöscht werden, auch keine wirksame Aufhebungserklärung nötig ist.

Die gleiche Argumentation wie zu § 875 gilt auch für § 877 i.V.m. § 873. Aus jenen beiden Vorschriften ist der Gedanke zu entnehmen, daß auch eine Inhaltsänderung eines Rechtes nur dann wirksam vollzogen ist, wenn der wahre Wille des Berechtigten mit der Grundbucheintragung übereinstimmt. Diese Überlegung ist jedoch gleichfalls nicht auf die Ranglage nach Löschung des Rechts anzuwenden. Denn der Rang gehört gerade nicht zum Inhalt des Rechtes. Auch das wurde bereits eingehend nachgewiesen.

Ebensowenig ist aus § 901 der Umkehrschluß zu ziehen, daß die unrechtmäßige Löschung auch hinsichtlich des R a n g s das Grundbuch (bis zur Verjährung) unrichtig sein ließe. Auch jene Vorschrift hat nur die Grundstücksbelastungen selbst im Auge und nur das Recht als solches bleibt nach seiner zu Unrecht erfolgten Löschung (bis zur Verjährung) materiell-rechtlich bestehen.

Es ist zuzugeben, daß das Ergebnis der hier vertretenen Konstruktion auf den ersten Blick verwundern mag. Durch das fehlerhafte Löschen wird der Rang vom Recht gelöst, es entsteht ein Recht ohne Rang (erst die Neueintragung läßt dem Recht wieder einen Rang zukommen). Das ist jedoch nicht systemwidrig. Denn daß es grundsätzlich Rechte ohne Rang gibt, wurde bereits an anderer Stelle nachgewiesen. So wurde bereits aufgezeigt, daß auch ein Recht allein keinen Rang besitzt. Und im übrigen bildet die formelle Rechtskraft auch bei der Neueintragung eine Ausnahme vom sonst geltenden Grundsatz des formellen Konsensprinzips und dem Grundsatz des öffentlichen Glaubens der Eintragung. Dann darf es nicht verwundern, wenn auch durch die Löschung scheinbar erstaunliche Folgen ausgelöst werden.

Schließlich ist der h.M. erst recht der Vorwurf der unnatürlichen Trennung von Recht und Rang zu machen. Sobald ein gutgläubiger Dritterwerber später ein weiteres Grundpfandrecht

erwirbt, soll nach ihr der bis dahin auch außerhalb des Grundbuches (noch) Vorberechtigte seinen Vorrang in diesem Verhältnis verlieren. Insoweit kommt es auch auf diese Weise zur Trennung des Rechtes vom Rang. Nur mit dem Unterschied, daß darüber hinaus noch eine weitere, noch befremdender anmutende Trennung eintritt, nämlich eine Aufspaltung des Rangs: Da der Rang im Verhältnis zu dem bereits bei fehlerhafter Löschung eingetragenen Nachrecht als Vorrang bestehen bleibt, kommen dem zu Unrecht gelöschten Recht nach h.M. jetzt sogar z w e i - in sich widersprüchliche - Ränge zu. Denn dem gutgläubigen Dritten geht es nach, während es weiterhin vor den bereits früher eingetragenen Rechten rangiert.

Und der h.M. ist darüber hinaus noch eine weitere Systemwidrigkeit vorzuhalten. Nach ihrer Vorstellung entsteht (vor Wiedereintragung des Rechtes A) ein Rang außerhalb des Grundbuchs. Bereits an anderer Stelle wurde aber erkannt, daß es nur e i n e n Rang der Grundstücksrechte gibt, daß "materieller" und "formeller" Rang begrifflich identisch sind. Wie es keinen besonderen, vom materiellen Rang abweichenden rein f o r m a l e n Grundbuchrang gibt, kann es andererseits ebensowenig einen besonderen m a t e r i e l l e n Rang außerhalb des Grundbuchs, ohne Eintragung, geben. Ein solcher "materieller" Rang ohne korrespondierenden "formellen" Rang würde aber nach der h.M. entstehen, während nach der hier vertretenen Lösung durch die Löschung der Rang stets untergeht, d.h. auch insoweit formeller und materieller Rang identisch sind. Für die eintragungsbedürftigen Rechte gilt demnach die These: Es gibt keinen Rang außerhalb des Grundbuchs.

Auch sonst steht die Theorie vom automatischen Rangverlust allein durch die Löschung im Einklang mit dem bereits an anderer Stelle entwickelten materiellen Wesen des Rangs. Der Rang wurde erkannt als das Verhältnis eines beschränkt Berechtigten zu a l l e n a n d e r e n Belastungsinhabern. Das bedingt, daß an der Rangordnung nicht nur der Eigentümer und der einzelne Rechtserwerber interessiert sind. Vielmehr werden durch die Rangordnung gleichzeitig auch die Belange

s ä m t l i c h e r a n d e r e r dinglich Berechtigter berührt. Das verlangt danach, die Rangbestimmung nicht ausschließlich dem Willen der unmittelbar am Bestellungsge-
schäft Beteiligten zu überlassen. Vielmehr bedarf es eines objektiv wirkenden Bestimmungskriteriums - eben der rein äußerlichen, vom Willen unabhängigen objektiven Rangfolge, so wie sie sich nach außen aus der rein objektiven Eintragsfolge ergibt. Wie das für die Eintragung der Rechte bei der N e u bestellung gültig ist, hat es gleichermaßen auch für die L ö s c h u n g zu gelten: Auch bei der Löschung ist ein objektiv wirkendes Rangbestimmungsprinzip unentbehrlich. Auch nach der - ob mit Recht oder zu Unrecht erfolgten - Löschung muß sich die Rangordnung allein aus dem äußeren Bestand des Grundbuchs ergeben. Nur so wird dem Wesen des Rangs als Verhältnis eines Belastungsinhabers zu anderen Rechnung getragen.

Wie dargelegt, ist § 892 auf den Fall des versehentlichen Löschens hinsichtlich der Rangordnung überhaupt nicht anwendbar. Das bringt die angenehme Folgeerscheinung mit sich, daß insoweit die schier unlösbare Problematik der relativen Rangordnung in sich zerfällt. Und auf keine andere Frage im Zusammenhang mit Rangproblemen ist in Literatur und Rechtsprechung so viel Mühe und Geist verwendet worden wie auf die Schwierigkeiten, die durch die Entstehung einer relativen Rangfolge ausgelöst werden⁴⁰⁾.

Namentlich in der Frage, welches der drei beteiligten Rechte A, B, C in das geringste Gebot aufzunehmen ist, zeigt sich die h.M. bis heute hoffnungslos zerstritten. Aus der Vielzahl der kaum überschaubaren, fast stets differierenden Stellung-

40) Die Schwierigkeiten durch die relative Rangordnung werden neben § 892 häufig auch im Zusammenhang mit § 881 IV behandelt. Nach h.M. ist die Rechtslage in beiden Fällen gleich, was die Entstehung relativer Ränge angeht.

nahmen⁴¹⁾ hat sich noch keine klare Linie gebildet. Erst recht ist es trotz eingehender Bemühungen nicht gelungen, eine auch nur halbwegs befriedigende Lösung zur Erlösverteilung zu finden. Die Meinungen darüber⁴²⁾ (die meist mit verwirrenden Zahlenbeispielen belegt werden) gehen noch weiter auseinander. Sämtliche nur denkbare Möglichkeiten werden ausgeschöpft. Mal wird dem A, mal dem B, mal dem C der Ausfall in der Zwangsversteigerung zugewiesen. Teilweise wird der Ausfall nur einem der Rechte auferlegt, teilweise wird er auf mehrere Rechte verteilt. Mitunter wird ein Unterschied danach gezogen, aus welchem der Rechte die Zwangsversteigerung betrieben wird. Häufig wird das Verhältnis der Erlösverteilung von der Höhe des Erlöses abhängig gemacht, d.h. A soll u.U. bei höherem Erlös weniger erhalten als bei niedrigerem⁴³⁾.

Einem der Beteiligten geschieht auf jeden Fall Unrecht, wie die Vertreter der h.M. sich im einzelnen auch entscheiden⁴⁴⁾. Diese Erkenntnis hat verschiedene Stimmen⁴⁵⁾ sogar zur resignierenden Feststellung veranlaßt, eine korrekte Lösung sei gänzlich unmöglich. Gelegentlich wird sogar der ein-

41) S. etwa Rosenberg S. 286 ff.; Fuchs JW 1910, 58 ff.; Meiser ZBlFG 11, 296 ff.; Wörner SeuffBl. 75, 606 f.; Hövel ZBlFG 13, 689 ff.; Kretzschmar BayZ 1920, 115 ff.; Reinhard JW 1923, 262 ff.; ders. S. 121 ff.; Hamelbeck JR 1927, 207 ff.; 1928, 147 ff.; Planck-Strecker § 881 Bem. 8; Staudinger-Seuffert § 881 Rdn. 19; KG JW 1929, 1996 f.

42) S. u.a. Wolff AcP 91, 378 ff.; Fuchs a.a.O.; Hövel a.a.O.; Brachvogel Gruchot 69, 46 ff.; Rosenberg a.a.O.; Reinhard JW 1928, 1329 ff.; Breit S. 32 ff., 108 ff.; ders. JR 1929, 102 ff.; Herfurth DGemWR 1936, 156 f.; Planck-Strecker a.a.O.; Staudinger-Seuffert a.a.O.; Grunsky S. 112 ff.; Wolff-Raiser § 41 IV 2; Soergel-Baur § 881 Rdn. 13; Palandt-Bassenge § 881 Bem. 6; RG JW 1935, 2950 f.

43) Statt vieler s. nur Wolff-Raiser § 41 IV 2.

44) Auch die gesetzeswidrige Proportionalallösung (gleiche Verlustverteilung auf alle Rechte) mildert die Ungerechtigkeiten nur durch Verteilung auf mehrere, beseitigt sie aber im Grunde genommen nicht. Diesen Ausweg ergreift etwa Hamelbeck a.a.O. Vgl. auch Breit S. 35.

45) Besonders eindringlich Weissler JW 1926, 135 f., 2352 (m.w.N.); ebenso Emmerich S. 82; Scheuerer S. 31; Grunsky S. 115, 119; Zeitler Rpfleger 1974, 177; eingeschränkt auch Gummel JW 1927, 961 ff.; weitere Nachweise bei Brachvogel Gruchot 69, 46.

dringliche Ruf nach einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Regelung laut⁴⁶⁾. Wenn die meisten Stimmen der h.M. auch nicht so weit gehen, in einem sind sich doch alle in ihrem Unbehagen über die bisherigen Lösungsversuche einig: Daß die relative Rangordnung zu seltsamen Ergebnissen führt⁴⁷⁾ und äußerst unerwünscht ist⁴⁸⁾.

Eben diese mißliche Problematik taucht bei der hier vertretenen Lösung nicht auf. Auch durch eine ungerechtfertigte Löschung kann sich nichts an der linearen Rangordnung ändern. Daß damit ein derart schwieriges dogmatisches Problem gegenstandslos wird, zeigt den Wert der hier entwickelten Konstruktion.

Und die Verhinderung einer relativen Rangordnung liegt nicht nur im rein dogmatischen Interesse. Wenn schon dem Dogmatiker die Entwirrung einer relativen Rangordnung schier unlösbare Schwierigkeiten macht, wie viel unangenehmer ist dann noch die praktische Aufgabe des Versteigerungsrichters (bzw. des Zwangsverwalters). Denn er muß sich nicht nur zu einer Art der Erlösverteilung aus der ihm angebotenen verwirrenden Vielfalt der Konstruktionen durchringen. Sondern er hat auch noch die undankbare Aufgabe, den Rechtsinhabern die unübersichtliche und verworrene Rechtslage klarzumachen. Und es dürfte ihm erheblich Mühe bereiten, bei den Beteiligten Verständnis dafür zu wecken, daß (auf Basis der h.M.) ein Recht zwar bei geringerem Erlös noch voll gedeckt wird, aber bei höherem Erlös in geringerem Umfang gedeckt ist oder sogar ganz ausfällt. Erst recht dürfte es den Beteiligten selbst nahezu unüberwindliche Schwierigkeiten machen zu errechnen,

46) Vgl. Brachvogel Gruchot 69, 53; Herfurth DGenWR 1936, 157.

47) Vgl. nur Breit S. 32 ff.

48) S. etwa Wolff-Raiser § 41 VII u. § 43 a.E.; Baur § 17 C II 4. Bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB sah sich Dernburg § 217 III a.E. zu der treffenden Kritik veranlaßt, die relative Rangordnung "wirkt wie ein Spiel". Für wie unerwünscht der Gesetzgeber selbst die relativen Rangordnungen hält, ist daran zu erkennen, daß mit §§ 90 ff. GBO ein besonderes Instrumentarium geschaffen worden ist, welches hauptsächlich ihrer Beseitigung dient.

wie hoch sie ihr Gebot ansetzen müssen, wenn sie ihre Rechte - wie häufig in der Praxis - selbst ausbieten wollen. Weitgehende Rechtsunsicherheit ist also das Ergebnis relativer Rangordnungen.

Das praktische Bedürfnis des allgemeinen Rechtsverkehrs drängt demgegenüber die hier entwickelte, im Ergebnis unkomplizierte Lösung auf. Eine absolut sichere Basis für den Grundkreditverkehr ist nur dann gegeben, wenn die Rangordnung sich strikt aus der linearen - und niemals relativen - Eintragsfolge ergibt. Jeder Kreditgeber will eine eindeutige Sicherheit für sein Darlehen. Dafür genügt es nicht, daß er überhaupt ein Grundpfandrecht erhält. Der Wert eines Rechtes bestimmt sich weitgehend nach seinem Rang. Und dem Kreditgeber ist erst dann hinreichend gedient, wenn er ein rein objektives, unzweifelhaftes Kriterium für die Rangposition seines Rechtes hat - eben die absolute Rangordnung nach dem rein äußerlichen Bestand des Grundbuchs. Die Rangordnung ist nur dann einfach und völlig unkompliziert, wenn sie sich auf den ersten Blick eindeutig und zweifelsfrei aus dem Grundbuch ergibt, wenn es von vorherein keinen Rang eintragsbedürftiger Rechte außerhalb des Grundbuchs geben kann.

Was hinsichtlich der Rangordnung im Buch steht, ist richtig, eben weil es im Buch steht. Allein durch Neueintragung bzw. Löschung erlangt bzw. verliert der Rechtsinhaber den dem äußeren Grundbuchstand entsprechenden Rang. Damit ist der Rechtssicherheit konsequent Genüge getan. Die besonderen formellen Belange der übrigen am Grundstück Berechtigten, die ja von der Rangordnung stets mit berührt werden, sind auf diese Art und Weise strikt gewahrt. Der allgemeine Kredit, der Rechtsverkehr schlechthin kann unbesehen auf die sich aus dem Grundbuch ergebende Rangfolge vertrauen. Das ist ein praktisches Bedürfnis⁴⁹⁾.

49) Zu den Vorteilen der formellen Rechtskraft allgemein, vgl. auch Motive, in: Entwurf Bayern S. 29 ff.; Kleinbach passim.

Völlig zu Recht wird der Rang denn auch als besonderer Ausfluß des Bestimmtheitsgrundsatzes gekennzeichnet⁵⁰⁾. Das bedingt die besondere Bedeutung der Eintragung für den Rang. Dieser soll von jedermann zweifelsfrei aus dem Grundbuch entnommen werden können. Damit ist letztlich der Verkehrsfähigkeit der begrenzten dinglichen Rechte gedient. - Und daß § 879 I, II gerade im besonderen Interesse des Rechtsverkehrs an Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs geschaffen wurde, darüber besteht denn auch weitgehend Einigkeit. Nach absolut h.M.⁵¹⁾ handelt es sich bei § 879 um eine Norm, die die dingliche Zuordnung mit nach außen erkennbarer Wirkung regeln will. § 879 dient dem Bestreben nach Übereinstimmung von Grundbuchstand und materieller Rechtslage, indem er hinsichtlich der Rangordnung eine Fehlerquelle für das Grundbuch schließt⁵²⁾. Aus formellen Zweckmäßigkeitsgründen sollen die Rangverhältnisse sich ausschließlich aus dem Grundbuch ergeben.

Diese rangbestimmende Funktion legt die - insoweit einheitliche - h.M. jedoch dem § 879 nur hinsichtlich der Neueintragung bei. Es ist aber nicht einzusehen, wieso diese überzeugenden Zweckmäßigkeitserwägungen nicht auch auf den Fall des Löschsens anzuwenden sein sollen. Das Interesse an absoluter Richtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich der Rangfolge kann sich nicht auf den Fall der Neueintragung beschränken. Vernünftigerweise muß das, was für die Neueintragung gilt, auch für die Rechtslage bei der Löschung gelten. Erst dann werden bezüglich des Rangs absolut eindeutige und leicht ersichtliche Verhältnisse geschaffen, wenn auch die Löschung formelle Rechtskraftwirkung besitzt. Nur dann kann dem Streben nach Klarheit und Erkennbarkeit der dinglichen Rechtslage hinsichtlich des Rangs voll Rechnung ge-

50) S. etwa Gütke (Grundlagen) S. 53; Scheuerer S. 10.

51) S. etwa J.v.Gierke (3. Aufl.) S. 50; Rosenberg Vorbem. III vor § 879; Westermann JZ 1956, 656 f.; Lent NJW 1957, 177; Röwer NJW 1957, 177; Junghans S. 111 (m.w.N.).

52) Bereits in den Materialien klingt mehrfach das große Interesse des Gesetzgebers daran an, daß das Grundbuch den Rang richtig ausweisen soll (vgl. Mot. III S. 227; Mugdan III S. 550).

tragen werden, wenn der Bestand des Grundbuchs die Rangordnung auch nach der - versehentlich oder zu Recht erfolgten - Löschung stets richtig ausweist. Durch § 879 BGB wird mithin bezweckt und erreicht, daß sich die Rangfolge stets - ob nach Neueintragung oder Löschung - allein aus dem Grundbuch ergibt.

Wenn auch der gesetzgeberische Zweck, den allgemeinen Rechtsverkehr zu schützen, diese materielle Wirkung der formellen Löschung bedingt, so fragt es sich doch noch, ob auch die Interessen der *e i n z e l n e n* Rechtsinhaber damit in Einklang stehen:

Wer gutgläubig im Vertrauen auf den Bestand des Grundbuchs nach der ungerechtfertigten Löschung eine weitere Belastung erwirbt, ist sogar noch besser geschützt als nach der h.M. Denn er kann nicht nur gutgläubig den *r e l a t i v e n* Rang vor dem gelöschten Recht erlangen, sondern er erhält sogar *a b s o l u t* den Vorrang von jener Belastung. Eine bessere Sicherheit als die absolute Vorrangposition vor dem gelöschten Recht kann er zur Abdeckung seines Realkredits gar nicht erlangen.

Desgleichen ist es naturgemäß für den Rechtsinhaber, der bei Löschung bereits eingetragen war, von Vorteil, aufzurücken und den ursprünglich Vorberechtigten von dessen Vorrang absolut zu verdrängen. Ebenso liegt es selbstverständlich im subjektiven Interesse des Bösgläubigen, ebenfalls von der zu Unrecht erfolgten Löschung zu profitieren und einen gleich günstigen Rang einzunehmen, wie wenn die Löschung des Vorrechts zu Recht erfolgt wäre.

Dagegen könnten Bedenken erhoben werden, da der bereits Eingetragene und der Bösgläubige nicht schutzbedürftig seien und ihre besseren Rangpositionen unverdient erlangt hätten. Es läßt sich jedoch nicht etwa argumentieren, die zwar subjektiv dahingehenden Interessen dieser beiden Personengruppen seien von vornherein objektiv nicht billigenswert. Denn das Wertungssystem des § 892, das in der Tat den Bösgläubigen und den be-

reits Eingetragenen vom Schutz ausschliesse, ist auf den Fall der versehentlichen Löschung gerade nicht anwendbar. Wenn § 879 den § 892 insoweit dogmatisch als Spezialregelung verdrängt, dann darf später auch nicht mehr auf die in dieser Vorschrift enthaltene Interessenwertung zurückgegriffen werden. Vielmehr ergibt sich nach dem hier entwickelten Verständnis vom Verhältnis § 879 - § 892 aus dem Gesetz gerade das Werturteil, daß unterschiedslos jede Löschung auch zum Erlöschen des Rangs führt - gleichgültig ob daraus ein Gutgläubiger, ein Bösgläubiger oder ein bereits Eingetragener Nutzen zieht.

Im übrigen kann auch nach der h.M. bereits der Fall eintreten, daß ein Bösgläubiger einen besseren Rang erlangt, als ihm gerechterweise an sich zusteht: Wenn nämlich der zu erstem Rang Neueingetragene weiß, daß der Antrag auf Eintragung des ihm nachrangigen Rechts in Wirklichkeit vorher gestellt worden ist. Für diesen Fall des Verstoßes gegen §§ 17, 45 GBO wird gleichwohl die Rangposition erlangt, wie sie sich später objektiv aus dem Grundbuch ergibt. Daß auch dann der Bösgläubige geschützt wird, daran hat noch kein Vertreter der h.M.⁵³⁾ Anstoß genommen. Zumindest hat noch niemand ausdrücklich für den Bösgläubigen eine Ausnahme vom Schutz der formalen Rechtskraft gemacht.

Umgekehrt zum Interesse des bösgläubigen Neuerwerbers und des bereits Eingetragenen geht naturgemäß das Interesse des versehentlich Gelöschten dahin, neben seinem Recht auch seinen ursprünglichen Vorrang außerhalb des Grundbuchs zu behalten. Dieses an sich billigenswerte Beharrungsinteresse desjenigen, der früher eingetragen war, muß jedoch den übergeordneten Belangen des allgemeinen Rechtsverkehrs weichen. Am Rangverhältnis ist nicht nur der einzelne, sondern sind auch alle anderen am Grundstück Berechtigten interessiert⁵⁴⁾. Gerade

53) S. 233 Fußn. 14.

54) Dieses Wertungssystem der Interessen klingt auch bei Westermann § 80 III 1 im Zusammenhang mit der Wirkung der Neueintragung für den Rang an.

diese Ausgestaltung der Interessenlage zeigt, daß bei Rangfragen die Belange des allgemeinen Rechtsverkehrs im Vordergrund stehen müssen. Im Einzelfall müssen sie in der Lage sein, das Interesse eines einzelnen Beteiligten zurückzudrängen. Das Wertgefüge ist anders als bei § 892 (dort stehen sich Beharrungsinteresse des wahren Berechtigten und Verkehrsschutzinteresse, d.h. Vertrauensschutz auch des konkreten Einzelerwerbers im Prinzip gleichwertig gegenüber). Anders ist aber die Interessenlage hinsichtlich des Rangs: Aus der Verdrängung des § 892 durch den - im Interesse der allgemeinen Rechtssicherheit geschaffenen - § 879 resultiert das gesetzgeberische Werturteil, das Beharrungsinteresse des ursprünglich materiell Rangberechtigten völlig in den Hintergrund treten zu lassen. Die Bedürfnisse des allgemeinen Realcreditverkehrs sind durch § 879 I, II besonders stark ausgeprägt. An diese Wertordnung, die vom System des öffentlichen Glaubens hinsichtlich des Rangs gerade eine Ausnahme bildet, ist man auch bei der Gegenüberstellung Beharrungsinteresse - Erwerbsinteresse gebunden. Die mögliche materielle Ungerechtigkeit für den einzelnen früheren Ranginhaber muß im Interesse der Rechtssicherheit in Kauf genommen werden⁵⁵⁾. Und nicht zuletzt: Jeder dinglich Berechtigte nimmt als Teilhaber des Rechtsverkehrs objektiv an den dargelegten Vorzügen des Systems der absoluten formalen Rechtskraft teil, auch wenn diese sich einmal persönlich zu seinem Nachteil auswirkt.

Zu materiell ungerechten Ergebnissen kann es durch die formelle Rechtskraft schließlich auch sonst kommen. Wenn nämlich ein Recht - obwohl der Antragsteller seinen Antrag ordnungsgemäß eingereicht und somit alles seinerseits Erforderliche getan hat - unter Verstoß gegen §§ 17, 45 GBO erst n a c h einem später beantragten eingetragenen wird. Diese

55) Im übrigen ist ja auch durch § 892 bereits generell ein System geschaffen worden, das losgelöst von der subjektiven Vertrauenslage die rein objektive Verlässlichkeit des amtlichen Rechtsscheinsapparates ausschlaggebend sein läßt (vgl. Lutter AcP 164, 123 ff.). Dieser Verkehrsschutz wird vom System der formalen Rechtskraft nur konsequent weiter entwickelt und zum System des a b s o l u t e n Verkehrsschutzes ausgedehnt.

Unbilligkeit wird auch von der h.M. im Interesse der absoluten Rechtsklarheit in Kauf genommen.

Und soll es etwa für den versehentlich Gelöschten nicht ungerecht sein, daß bei der Erlösverteilung das gelöschte Recht u.U. bei höherem Erlös weniger erhalten soll als bei niedrigerem, wie es die h.M. aber annimmt? Daß es auf Basis der relativen Rangordnung bei der Erlösverteilung sogar stets für irgendeinen der Beteiligten zu Ungerechtigkeiten kommt, das wurde bereits dargelegt.

Gewiß, vom subjektiven Standpunkt des ursprünglich Vorrangberechtigten erscheint es nichtsdestoweniger noch unbillig, seine Rechtsposition durch eine fehlerhafte Löschung zu verlieren. Für ihn wird es immer noch wenig einleuchtend erscheinen, daß der Grundbuchbeamte die Macht besitzt, mit dinglicher Wirkung über eine Ausstrahlung seiner Hypothek, den Rang, entscheiden zu können. Dabei darf er jedoch nicht außer acht lassen: Einer Willkür des Grundbuchbeamten ist dadurch der Riegel vorgeschoben, daß er dienstlich an die strengen Regeln der GBO und der GBVfg gebunden ist. Und im übrigen darf auch nicht übersehen werden, daß der Grundbuchbeamte eine Löschung in aller Regel nur auf Antrag vornehmen wird. D.h. grundsätzlich muß eine Mitwirkungshandlung des ursprünglich Vorberechtigten hinzukommen, die er sich nach dem Veranlassungsprinzip in gewisser Weise zurechnen lassen muß.

III. Schließlich werden die Belange des ursprünglichen Vorranginhabers dann nicht gänzlich außer acht gelassen, wenn er den Rangverlust durch einen schuldrechtlichen Anspruch irgendwie korrigieren oder ausgleichen kann.

Ein Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894)⁵⁶⁾ scheitert freilich daran, daß das Grundbuch nach der hier vertretenen Ansicht hinsichtlich der Rangfolge *r i c h t i g* ist. Deshalb kommt auch kein Widerspruch gem. § 899 und auch kein Amtswiderspruch gem. § 53 I 1 GBO in Betracht. Sobald der ursprüngliche Vorranginhaber aber den Fehler des Grundbuchamts entdeckt, muß er sofort verhindern können, daß zusätzlich zu dem bei Löschung bereits eingetragenen Recht B⁵⁷⁾ und dem inzwischen schon neu eingetragenen Recht C⁵⁷⁾ noch weitere Belastungen eingetragen werden. Der Schaden darf nicht noch weiter vergrößert werden. Da das Grundbuchverfahren zeitraubend ist, muß A⁵⁷⁾ auf schnellstem Wege erreichen, daß vor seiner endgültigen förmlichen Wiedereintragung kein weiteres Recht D eingetragen und er nicht noch weiter zurückgedrängt wird. A muß sich wenigstens die zu diesem Zeitpunkt "bereiteste Stelle" sichern. Wenn aus irgendwelchen Gründen das Recht nicht selbst sofort wieder eingetragen werden kann (z.B. weil das Grundbuchamt meint, die frühere Eintragung zu Recht gelöscht zu haben), dann bietet sich dazu eine Vormerkung an. A hat gegenüber dem Grundbuchamt aus Amtshaftung zumindest den Anspruch auf Wiedereintragung zu dem derzeit bestmöglichen Rang. Zur praktisch einfachen und schnellen Sicherung dieses Anspruchs kann A sich eine Vormerkung (§ 883) eintragen lassen, die dann gem. § 883 III bis zur endgültigen Neueintragung seines Rechts den "bereitesten" Rang wahrt (§ 883 III).

Noch wichtiger ist für den Rangverlierer A⁵⁷⁾, ob er nicht gegen die zu Unrecht im Rang Begünstigten (das mit Löschung aufgerückte Recht B und das inzwischen schon eingetragene Recht C) einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch hat. In dieser Richtung drängt sich ein Bereicherungsanspruch gegen

56) Hedemann § 15 III 3 schlägt vor, bei falschem Rang "einen Berichtigungsanspruch in Analogie zu sonstigen Berichtigungsfällen" zu schaffen. Dem steht schon entgegen, daß infolge der formalen Rechtskraftwirkung der Rangeintragung das Grundbuch bei § 879 I, II stets richtig ist.

57) S. den Ausgangsfall S. 210 und die hier entwickelte Lösung S. 240-242.

die Inhaber der ihm im Rang ungerechtfertigt vorgehenden Rechte auf. Auch an einen Schadensersatzanspruch gegen den Staat aus Amtshaftung ist zu denken, wenn der Grundbuchbeamte gegen seine Vorschriften verstoßen hat. Freilich ist zuzugeben, daß diese beiden schuldrechtlichen Ausgleichsansprüche sich ihrer Art nach auf einer anderen Ebene als die dingliche Vorrangposition selbst bewegen und für den ursprünglich Rangberechtigten keinen absolut vollwertigen Ersatz schaffen können. Immerhin wird seinen Interessen wenigstens teilweise Rechnung getragen, wenn einer dieser Ansprüche durchgreift.

Auf den ersten Blick scheint es denn auch nahezuliegen, die Unbilligkeit für den im Rang Benachteiligten durch einen Bereicherungsanspruch auf Wiedereinsetzen in den früheren Rang zu korrigieren⁵⁸⁾. Zumal die Rechtsordnung auch ein angemessenes Mittel zur Verwirklichung dieses Ausgleichsanspruchs parat hielte: Die sich aus § 879 ergebende Rangordnung ist nämlich nicht ein für allemal endgültig, kann vielmehr nachträglich gem. § 880 durch Einigung zwischen zurück- und vortretenden Berechtigten und entsprechender Eintragung im Grundbuch geändert werden⁵⁹⁾.

Der Rang bestimmt den Grad der Verwirklichung der Grundstücksrechte. Als wertbildender Faktor der Belastungen stellt der (Vor-)Rang für die Rechtsinhaber einen konkreten Vermögensvorteil dar und kann deshalb Gegenstand eines Kondiktionsanspruchs sein. Daß der Rang als "etwas" i.S. des Bereiche-

58) Die Frage des Bereicherungsausgleichs materiell ungerechtfertigter Ränge ist schon häufig erörtert worden, freilich nur unter dem Aspekt des Verstoßes gegen §§ 17, 45 GBO; s. neuestens Thürmann JuS 1976, 382 ff.

59) Deshalb erscheint auch das Bedenken von Scheuerer S. 98 als unbegründet, wenn er meint, § 812 sei "praktisch nicht durchführbar". Andererseits läßt sich aus der Existenz des § 880 nicht - so aber Thürmann JuS 1976, 385 - das maßgebliche Argument für einen Bereicherungsausgleich gem. § 812 ableiten, denn bei allgemeiner Ermöglichung einer Rangänderung hat der Gesetzgeber sicherlich nicht an den Spezialfall einer Rückabwicklung gem. § 812 gedacht.

rungsrechts anzusehen ist, hat denn auch noch niemand bezweifelt⁶⁰⁾.

Dieses "etwas" ist nie durch eine "Leistung" i.S. des Bereicherungsrechts erlangt worden, unabhängig von der Fallgestaltung des Ausgangsfalls oder seiner Abwandlungen. Das vor Löschung des Rechtes A ursprünglich nachrangig eingetragene Recht B rückt allein durch den Akt des Grundbuchamtes automatisch auf, als gesetzliche Folge der formalen Rechtskraft des § 879 I auch bei Löschung. Der Grundbuchbeamte handelt bei der Löschung in Ausübung seines Amtes, hoheitlich, also keinesfalls privatrechtlich zweckgerichtet, um das Vermögen des Aufrückenden zu vermehren. Andere Personen (etwa der Grundstückseigentümer oder der Nachrückende) haben auf den Rangverlust des versehentlich gelöschten Rechts und den ipso iure eintretenden Ranggewinn des Aufrückenden keinen Einfluß; und diese Vermögensbewegung geschieht auch völlig unabhängig von ihrem Willen. Mithin liegt in keiner Richtung eine irgendwie geartete Leistungsbeziehung vor.

Entsprechendes gilt für die Fallgestaltung, daß nach Löschung des Rechtes A später ein weiteres Recht C "an bereitetester Stelle" eingetragen wird und den Vorrang vor dem versehentlich gelöschten Recht erlangt. Auch hier gewinnt das neueingetragene Recht C seinen Rang allein durch zwei Akte des Grundbuchbeamten (Löschung des A und Neueintragung des C); also durch Handlungen eines Dritten, denen kraft Gesetzes formale Rechtskraftwirkung für die Rangfolge zukommt.

Damit ist der Weg frei für die Eingriffskondiktion⁶¹⁾. Sie verlangt, daß die Bereicherung der Rangbegünstigten "unmittelbar auf Kosten" des Rangverlierers erfolgt ist. Das automatisch aufrückende Recht B erlangt seine bessere Rangstellung

60) Statt aller s. etwa: Junghans S. 88 f.; Woldering S. 73; Thürmann JuS 1976, 382.

61) Die absolut h.M. trennt die Kondiktionstypen Leistungs- und Eingriffskondiktion, s. nur BGH NJW 1974, 1132. Ablehnend zu neueren Versuchen, einen Einheitstatbestand zu schaffen, Köndgen, in: Festgabe für Josef Esser, Kronberg 1975, S. 56 ff.

durch eine einheitliche Handlung, nämlich die Vornahme der Löschung durch den Grundbuchbeamten⁶²⁾. Dieser Akt läßt den ursprünglichen Vorrang des A untergehen und verschafft zugleich dem B den ersten Rang⁶³⁾⁶⁴⁾. Dem Gewinn auf seiten des B entspricht der Verlust auf seiten des A, wobei sich Gewinn und Verlust sogar dem Gegenstand und Umfang nach decken. Die Bereicherung des B ist also auf Kosten des A erfolgt⁶⁵⁾.

Anders sieht es bei der Fallgestaltung aus, daß nach der versehentlichen Löschung des A später ein Recht C neu eingetragen wird. Hier sind zwei voneinander unabhängige Handlungen des Grundbuchbeamten erforderlich. Der erste Akt besteht in der Löschung des Rechtes A, wodurch dieses seinen Vorrang verliert. Zusätzlich wird

-
- 62) Darin liegt ein "Eingriff", unabhängig davon, ob die Rangverschiebung nun als Rechtsänderung kraft Gesetzes oder als andere Eingriffsart eingeordnet wird, vgl. Thürmann JuS 1976, 382 f.
- 63) Daß die Handlung eines Grundbuchbeamten die "Unmittelbarkeit" im Verhältnis A - B nicht ausschließt, ist heute einhellige Ansicht, s. Woldering S. 99 m.w.N.; früher a.A. v. Mayr S. 209.
- 64) Für den insoweit parallelen Fall des Verstoßes gegen §§ 17, 45 GBO wird die "Unmittelbarkeit" ausdrücklich betont etwa von Westermann JZ 1956, 656.
- 65) Eine Problematik, die die h.M. beim Verstoß gegen §§ 17, 45 GBO behandelt, taucht hier nicht auf. Dort hat bei nicht der Antragsreihenfolge entsprechender Eintragung derjenige (A), der seinen Antrag als erster eingereicht hat, damit nur eine Aussicht auf Vorrang vor später beantragten Rechten. Diese Aussicht wird mit der Voreintragung des zeitlich später beantragten Rechtes (B) zerstört, wobei dann die Frage aufgeworfen wird, ob B damit unmittelbar auf Kosten des A seinen materiellen Vorrang erlangt hat. Allein wegen der Bedenken in jener Hinsicht wurde der Bereicherungsanspruch häufig abgelehnt, so u.a. von RGZ 43, 216; 73, 176 f.; Arnheim § 46 Rdn. 10; Best S. 111 f.; Biermann § 879 Anm. 5; Boehm § 879 Anm. I; Turnau-Förster I § 879 Bem. II 5; Kretzschmar ZBlFG 18, 143 ff.; Grunsky S. 106 ff.; weitere Nachweise bei Woldering S. 74. Zweifelnd auch Baur § 17 B I 2. Die h.M. setzt sich über dieses Bedenken freilich hinweg, so z.B. Woldering S. 77-96; Harms S. 246; Thürmann JuS 1976, 383 f.

dann später in einem weiteren Akt das Recht C eingetragen, wodurch es hinter B den zweiten Rang erlangt. Damit fehlt es an der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung, da hier gerade nicht eine einzige einheitliche Handlung des Grundbuchbeamten zugleich sowohl den A seinen Rang verlieren, als auch den C seinen Rang gewinnen läßt. Sofern mit der wohl noch h.M. am Erfordernis der "Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung" für die Eingriffskondition festgehalten wird⁶⁶⁾, muß ein Bereicherungsanspruch bereits an dieser Stelle scheitern. Und überdies ist auch das Tatbestandsmerkmal "auf Kosten" des A nicht unzweifelhaft. Denn es fragt sich, ob der zu Unrecht bevorzugte Gläubiger C seinen guten Rang nicht aus dem Vermögen des Benachteiligten, sondern vom Eigentümer erworben hat, der ja die neu bestellten Rechte - und damit auch deren Rang - vergibt⁶⁷⁾.

Unabhängig von den eben dargelegten Bedenken scheidet die Eingriffskondition stets deshalb aus, weil § 879 selbst den "rechtlichen Grund" für die Bereicherung desjenigen darstellt, der infolge der fehlerhaften Löschung eines ursprünglich vorrangigen Rechts einen besseren Rang erlangt. Dem entspricht die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung zum vergleichbaren Fall der falschen Rangfolge bei Verstoß gegen die Reihenfolge der Eintragungsanträge (§§ 17, 45 GBO). Mit der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁶⁸⁾ hat nach früher entgegengesetzten Entscheidungen eine konsequente Entwicklung ihren vorläufigen Abschluß gefunden. Das preußische

66) S. die Nachweise bei Reeb JuS 1973 S. 92 Fußn. 5. Dagegen Reeb JuS 1973, 92 m.w.N.; Thürmann JuS 1976, 383.

67) Zur Problematik, zwischen welchen Personen bei falschem Rang Bereicherungsansprüche bestehen können, ausführlich Junghans S. 90 - 103; vgl. auch Westermann JuS 1972, 20.

68) BGHZ 21, 98 ff. = JZ 1956, 655 = NJW 1956, 1314 = DNotZ 1956, 480 = Betr. 1956, 711 = BB 1956, 674 = BGH LM Nr. 1 zu § 879.

Obertribunal hatte zu § 502 ALR⁶⁹⁾, dem Vorläufer zu § 879 i.V.m. §§ 17, 45 GBO, anfänglich dem Rangverlierer gegen den Ranggewinner noch einen Anspruch aus "widerrechtlicher Bereicherung" zugebilligt⁷⁰⁾. Dem hatte sich in einer frühen Entscheidung auch das Reichsgericht noch ohne weitere Begründung angeschlossen⁷¹⁾. Bereits unter Geltung des preußischen Rechts entschied sich das Reichsgericht⁷²⁾ aber anders und leitete damit die neue Entwicklung ein⁷³⁾. Mit ausführlicher Begründung hat das Reichsgericht diese neuere Rechtsprechung für das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen⁷⁴⁾. In Übereinstimmung mit dem Reichsgericht⁷⁵⁾ hat dann der Bundesgerichtshof⁶⁸⁾ in § 879 den Rechtsgrund für die Rangverschiebung gesehen und seine grundlegende Entscheidung später nochmals bestätigt⁷⁶⁾.

Diese Rechtsprechung ist teilweise heftig angegriffen worden von einer Mindermeinung, die in § 879 keinen Rechtsgrund für die materielle Rangordnung sieht⁷⁷⁾. Es ist zuzugeben, daß die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs⁷⁸⁾ - an die

69) § 502 ALR: "Hat der Richter bei Befolgung dieser Vorschriften gefehlt, so bleibt es dennoch bei der im Hypothekenbuch einmal angenommenen Folge".

70) StriethArch. 37, 217; 62, 31; weitere Nachweise bei RGZ 43, 216.

71) RGZ 4, 324.

72) RGZ 11, 328 ff.

73) Fortgesetzt von RGZ 43, 216 f.

74) RGZ 57, 277 ff.

75) Vgl. auch RGZ 73, 173 ff.

76) BGH NJW 1958, 1533.

77) Biermann § 879 Anm. 5; Friedrich (Diss.) S. 44; Friedrich ZDNotV 1932, 759; Woldering S. 100 - 109; Junghans S. 104 - 120; Westermann JZ 1956, 656 f.; Röwer NJW 1957, 177; Lent NJW 1957, 177 f.; Baumann JR 1957, 415 f.; Grunsky S. 106; Kaehler S. 52 f.; Gerhardt S. 214 Fußn. 248; Berg AcP 160, 506; Esser § 100 III 1 c; Westermann § 81 II 7; ders. (Schwerpunkte) § 14 II 5; Erman-Westermann § 879 Rdn. 11; Erman-H.P. Westermann § 812 Rdn. 80; Wolf S. 273; Koppensteiner-Kramer S. 200; Thürmann JuS 1976, 385. Implizite auch Heck § 41, 7 b; Hedemann S. 90; Henle DJZ 1905, 28. Dahin tendierend auch Ehmann NJW 1971, 613. - S. auch Ebbecke Recht 1912, 660; v. Tuhr LZ 1918, 131; Blumberger LZ 1926, 529 ff.

78) BGHZ 21, 98 ff.

viele Vertreter der h.M. sich unbesehen anschließen - in ihrer Begründung zu § 879 als Rechtfertigungsnorm für das Bereicherungsrecht nicht gegenüber aller Kritik gefeit ist. Denn trotz vorangegangenen zweifelnden Stellungnahmen beschränkt sich dieses Urteil weitgehend auf die Bezugnahme auf die h.L. und die Rechtsprechung. Die entscheidende dogmatische Frage, ob die gesetzliche Rangbestimmung in § 879 als rechtlicher Grund zu verstehen ist, wird nur recht kurz mit eigenen Ausführungen des Bundesgerichtshofs untermauert. Im wesentlichen begnügt sich das Gericht damit, einem seiner Hauptkritiker, Westermann, eine angebliche Inkonsequenz für den Sonderfall einer besonderen vertraglichen Rangvereinbarung vorzuhalten. Dieser vordergründigen Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, daß ein Ausnahmefall gerade keine Rückschlüsse auf Wert oder Unwert der Grundthese erlaubt. Und im übrigen hat Westermann jene Ausnahme inzwischen auch gänzlich fallen gelassen⁷⁹⁾.

Gleichwohl ist dem Bundesgerichtshof im Ergebnis zuzustimmen. Seine Entscheidung wird durch seine Kritik nicht widerlegt. Einer von ihnen, Baumann⁸⁰⁾, meint, das Gericht werte den Rang als Inhalt der Sachenrechte. Gerade aus diesem Verständnis von der Rechtsnatur des Rangs müsse zwingend die Schlußfolgerung gezogen werden, daß § 879 schlechthin kein Rechtsgrund für die materielle Rangordnung sein könne. Da der Rang Inhaltsbestandteil des dinglichen Rechts sei, könne die rangverleihende Vorschrift des § 879 qualitativ keine andere Wirkung als die Vorschrift des § 873 haben. D.h. § 879 könne, wie § 873, nur die dingliche Rechtsfolge, niemals aber deren causa betreffen.

Diese Argumentation läßt sich aus mehreren Gründen leicht widerlegen. Zunächst müssen Zweifel bestehen, ob der Bundesgerichtshof mit wenigen dürren - und nicht unmißverständlichen - Worten wirklich zur Rechtsnatur des Rangs Stellung nehmen wollte, obschon die Auffassung vom Rang als Rechts-

79) S. Westermann § 81 II 7.

80) JR 1957, 416.

inhalt doch lebhaft umstritten ist. Aber unabhängig von der Meinung des Bundesgerichtshofs an dieser Stelle gehört der Rang gerade nicht zum Inhalt der Rechte. Das ist bereits nachgewiesen worden. Und selbst wenn man der Auffassung vom Rang als Inhaltsbestandteil folgen wollte, ergibt sich daraus nichts für die davon unabhängige Frage nach dem Rechtsgrund⁸¹⁾.

Auch ein weiteres Argument Baumanns⁸²⁾ ist nicht stichhaltig. Er meint, § 879 wolle nicht den Prioritätsgrundsatz über Bord werfen, sei mithin kein Rechtsgrund. Es ist aber nicht einzusehen, was der materiellrechtlich-dingliche Prioritätsgrundsatz mit der Frage des schuldrechtlichen Rechtsgrundes zu tun haben soll. Vor allem aber wurde bereits an anderer Stelle betont, daß vom Gesetz mit § 879 gerade nicht die wahre Alterspriorität der tatsächlichen Entstehungsfolge gewollt ist, sondern die davon abweichende Priorität der äußerlich erkennbaren Eintragungsordnung. Damit kann von einem Überbordwerfen des Prioritätsgrundsatzes nicht die Rede sein. Das Gesetz hat in § 879 das Prioritätsprinzip gerade den Erfordernissen des Grundbuchverkehrs angepaßt. Materiell gültig ist die objektive Eintragungsfolge, auch wenn die Eintragung nicht so erfolgt ist, wie sie hätte erfolgen müssen. Wenn dabei gegen verfahrensrechtliche Vorschriften der Grundbuchordnung verstoßen wird, so kann auch daraus nichts für die Frage des Rechtsgrundes abgeleitet werden. Bei den Verfahrensvorschriften handelt es sich nach allgemeiner Meinung um reine Ordnungsvorschriften, die z u R e c h t zu reinen Dienst-anweisungen herabgedrückt werden⁸³⁾.

Ein weiteres, scheinbar schwerwiegendes Bedenken gegen die Wertung des § 879 als Rechtsgrund geht dahin, daß die Billigkeit die Zuerkennung eines Bereicherungsanspruchs fordere. Ein

81) Hoche JuS 1962, 63; s. ferner Westermann JZ 1956, 656; Grunsky S. 106.

82) JR 1957, 416; dahingehend auch Lent NJW 1957, 178. Dagegen aber selbst Thürmann JuS 1976, 385 als Vertreterin der Mindermeinung.

83) Hoche a.a.O. in Entgegnung zu einem weiteren Bedenken von Lent NJW 1957, 178, wo er meint, daß den GBO-Vorschriften Unrecht geschähe, wenn sie zu bloßen Dienst-anweisungen herabgedrückt würden.

durch den Fehler eines Grundbuchbeamten geschaffener ungerechter Vermögenszustand müsse gerechterweise über § 812 wieder ausgeglichen werden; zumal ein ansonsten allenfalls in Betracht kommender Amtshaftungsanspruch gegen den Staat keinen hinreichenden Ausgleich biete. Von verschiedenen Kritikern wird dieses Moment offen in den Vordergrund ihrer Argumentation gerückt⁸⁴⁾, bei allen aber schimmert es letztendlich zumindest als mit ausschlaggebend durch.

Gegen die Berücksichtigung von Billigkeitserwägungen bestehen von vornherein grundsätzliche methodische Bedenken. Die Entscheidung, ob jemand eine vermögenswerte Position ohne rechtlichen Grund erlangt hat, kann nicht maßgeblich auf reine Billigkeitsüberlegungen gestützt werden. Das entspricht der allgemeinen Auffassung im Schrifttum⁸⁵⁾. Und auch die Rechtsprechung⁸⁶⁾ hat den § 812 in zahlreichen Entscheidungen aus dogmatischen Gründen abgelehnt, obgleich ausdrücklich anerkannt werden mußte, daß dadurch grobe Unbilligkeiten in Kauf genommen werden mußten.

Aber selbst wenn man Billigkeitserwägungen bei der Frage nach dem Rechtsgrund grundsätzlich gelten läßt, sprechen diese nicht für die Kritiker, sondern eher für die h.M. Denn das Augenmerk darf nicht allein und ausschließlich auf den gerichteten werden, der seinen Rang durch die fehlerhafte Löschung verliert. Gewiß ist auch jener schutzwürdig. Dabei darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß auch der Nutznießer aus der fehlerhaften Löschung, der Ranggewinner, des Schutzes in seiner einmal erlangten Vorrangposition bedarf. Auch der nach der Löschung neuerwerbende Hypotheken-

84) Friedrich ZDNotV 1932, 759; Junghans S. 112 f.

85) Statt vieler s. nur Woldering S. 71 (m.w.N.) u. 78 f.; Hoche JuS 1962, 62; Thürmann JuS 1976, 384.

86) Z.B. RGZ 53, 283 (286). Weitere Nachweise bei Woldering S. 69. Speziell für einen parallelen Fall des Rangverlustes hat RGZ 69, 245 (246 f.) ausdrücklich betont, daß die Unbilligkeit für den Rangverlierer nichts daran zu ändern vermag, daß §879 den Rechtsgrund bildet.

gläubiger⁸⁷⁾ muß abgesichert sein, wenn er aufgrund der ihm über die Eintragung gemachten Mitteilung die Valuta auszahlt. Er muß darauf vertrauen dürfen, daß seiner Hypothek nur die Rechte vorgehen, die (noch) vor seinem Recht eingetragen sind. Und er muß sich darauf verlassen können, daß der gute Rang, den er nach dem rein äußerlichen Bestand der Eintragungen einmal erlangt hat, ihm auch nicht wieder verloren gehen kann, und sei es über den Umweg eines Kondiktionsanspruches. Der Hypothekengläubiger muß dagegen geschützt werden, mit dem guten Rang u.U. die Durchsetzbarkeit seiner Hypothekenforderung wieder zu verlieren. Denn letztlich war es nur der gute Rang, der ihn dazu veranlaßt hat, die Valuta auszuzahlen. Ein hinterher festgestelltes Versehen des Grundbuchbeamten bei der Löschung eines Vorrechtes kann nicht in seine Risikosphäre fallen, da er mit früheren Grundstücksbewegungen und deren Eintragung bzw. Löschung im Grundbuch nichts zu tun hat. Auch deshalb muß er davor bewahrt werden, für einen Fehler des Grundbuchbeamten einzustehen und seine schon sicher geglaubte materiell gute Rangposition wieder aufgeben zu müssen. Es kann ihm auch nicht zugemutet werden, vor Auszahlung des Darlehens den umständlichen Weg zu gehen, die Grundakten einzusehen, ob der Grundbuchbeamte mit Lösungsvermerk versehene, ursprünglich voreingetragene Rechte auch z u R e c h t gelöscht hat⁸⁸⁾. Die Existenz früherer Rechte ist für ihn überdies überhaupt nicht zu erkennen, wenn die Löschung nicht durch Lösungsvermerk sondern durch Nichtmitübertragung (§ 46 II GBO) vollzogen worden ist.

87) Der bereits v o r Löschung Eingetragene, dessen Recht automatisch aufrückt, bedarf an sich keines Schutzes, da er seine Valuta bereits in Kenntnis und unter Berücksichtigung der vorgehenden Belastung ausgezahlt hat. Aber auch dann ist der R e c h t s v e r k e h r schutzbedürftig, da z.B. ein weiterer Kreditgeber dieses Hypothekengläubigers, der sich ein Pfandrecht an der Hypothek bestellen läßt, auf den guten Rang der nach dem äußeren Grundbuchbestand auferückten Hypothek vertrauen können muß.

88) Selbst beim Erwerb vom Nichtberechtigten geht der Erwerber ja auch hinsichtlich des Rangs sicher, wenn er sich darauf beschränkt, das Grund b u c h einzusehen. Dann kann erst recht nicht verlangt werden, daß hier - beim Erwerb vom Berechtigten - zum Ausschluß des Kondiktionsanspruches sogar die Grund a k t e n überprüft werden müßten.

Die Sicherheit des Grundkreditverkehrs verlangt demnach, den einmal über § 879 erworbenen Vorrang auch gegenüber Bereicherungsansprüchen bestandsfest zu machen⁸⁹⁾⁹⁰⁾. Sämtliche guten Gründe, die bereits bei Erörterung der materiellen dinglichen Ranglage dazu geführt hatten, der Löschung hinsichtlich des Rangs formale Rechtskraftwirkung zukommen zu lassen, gelten gleichermaßen, wenn es um den Fortbestand der einmal entstandenen Rangordnung geht. Bei Abwägung der verschiedenen Interessen war oben entwickelt worden, daß gerade das Interesse an der Sicherheit des allgemeinen Grundstücksverkehrs danach verlangt, für die materielle dingliche Rangordnung ausschließlich den äußeren Bestand der grundbuchmäßigen Eintragsfolge entscheiden zu lassen. Dieses Interesse des Rechtsverkehrs, durch § 879 absolute Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen, würde aber doch wieder unterlaufen und in Frage gestellt, wenn über den Umweg des § 812 letztlich doch eine andere dingliche Rangordnung zustande käme, als sie sich rein objektiv aus dem Grundbuchbestand ergibt.

Mit dem Hinweis der Kritiker⁹¹⁾, der spätere Erwerber des begünstigten Rechtes sei (abgesehen von § 822) dem Bereicherungsanspruch ohnehin nicht ausgesetzt, läßt sich das Interesse der Sicherheit des Grundstücksverkehrs nicht entkräften. Denn zum Rechtsverkehr gehört auch und gerade der, der eine Hypothek im Vertrauen darauf erwirbt, daß ihm keine aus dem Grundbuch als gelöscht gekennzeichneten Rechte vorgehen.

Gegen den Gedanken des Verkehrsschutzes ist auch nicht einzuwenden, daß der Hypothekengläubiger ja schon durch § 818 III hinreichend geschützt sei, da er die Auszahlung der Valuta als Wegfall der Bereicherung geltend machen könne⁹²⁾. § 818 III

89) Dieses Argument stand in BGHZ 21, 98 ff. sogar im Vordergrund. Auch RGZ 69, 247 stellt entscheidend darauf ab, daß durch den Bereicherungsanspruch entgegen § 879 "die mit besonderen Garantien umgebene Sicherheit gerade des Grundbuchverkehrs in bedenklicher Weise in Frage gestellt" würde.

90) S. auch Hoche JuS 1962, 61 f. mit einer historischen Ableitung dieses Gedankens.

91) Westermann JZ 1956, 656 f.; Röwer NJW 1957, 177; Thürmann JuS 1976, 384.

92) So aber Westermann § 81 II 7; JZ 1956, 657; Thürmann a.a.O. Dagegen zu Recht BGHZ 21, 98 (100).

setzt nämlich nicht nur voraus, daß die Auszahlung des Darlehens durch den Hypothekengläubiger im Hinblick auf die erlangte bessere Rangposition veranlaßt worden ist. Ein Wegfall der Bereicherung kann nur dann geltend gemacht werden, wenn auch die ausgezahlte Darlehensvaluta trotz der schlechten Rangposition durch die Hypothek nicht voll abgedeckt ist. Die konkrete Einbuße des Bereicherten (der Wegfall der Bereicherung) ließe sich mithin erst in der Zwangsversteigerung feststellen, während der Rangbenachteiligte sofort und ohne weiteres einen liquiden Anspruch auf Rangänderung besäße. Wenn der Hypothekengläubiger sich also sofort gegen einen Bereicherungsanspruch zur Wehr setzen müßte, wäre er vor eine schwierige Situation gestellt, da er ja nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast für die Voraussetzungen des § 818 III trägt⁹³⁾ und noch vor der Zwangsversteigerung den genauen Grad des Wegfalls seiner Bereicherung dartun müßte⁹⁴⁾.

Nach alldem ist also dem Bundesgerichtshof im Ergebnis zuzustimmen: Der Rang hat erhebliche wirtschaftliche Bedeutung für den Wert eines Grundstücksrechts. Bei schlechtem Rang eines Rechts, etwa einer Hypothek an aussichtsloser Stelle, kann das Recht für den Inhaber u.U. nur noch rein theoretische Bedeutung haben. Wegen des erheblichen wirtschaftlichen Stellenwertes des Rangs muß der Gedanke des Verkehrsschutzes eingreifen, und der verlangt Schutz des Vorrangs auch gegenüber einem Kondiktionsanspruch eines durch den Fehler eines Grundbuchbeamten benachteiligten Rechtsinhabers. Den Kritikern⁹⁵⁾, die meinen, der Hinweis des Bundesgerichtshofs auf

93) S. etwa Palandt-Thomas § 818 Anm. 8.

94) Für denjenigen, der bereits vor Löschung eingetragen war und dann aufrückt, könnte § 818 III schlechthin nicht eingreifen, da er seine Valuta bereits früher im Hinblick auf seinen ursprünglich schlechteren Rang ausgezahlt hat.

95) Namentlich Lent NJW 1957, 178; Baumann JR 1957, 416; Westermann JZ 1956, 656 f.; Röwer NJW 1957, 177.

die Sicherheit des Grundstücksverkehrs sei nicht durchschlagskräftig, ist somit nicht beizupflichten (wenngleich der Gedanke des Verkehrsschutzes allein andererseits auch nicht in der Lage ist, überzeugend die Funktion des § 879 als Rechtsgrund i.S.d. § 812 zu begründen⁹⁶⁾).

Der Hauptvorwurf der Kritiker geht dahin, § 879 enthalte seiner Funktion nach lediglich die vom Willen der Beteiligten unabhängige, objektive Bestimmung der Rangordnung als dingliche Erscheinung. Über die Frage, ob der entstandene Rang mit den schuldrechtlichen Beziehungen übereinstimme, sage § 879 demgegenüber nichts aus⁹⁷⁾. Eine vom Gesetz im Interesse des allgemeinen Rechtsverkehrs vorgenommene objektiv-äußerliche Rechtsverschiebung könne nicht auch subjektiv-innerer Rechtsgrund für eine endgültige Vermögensverschiebung sein⁹⁸⁾. § 879 solle ausschließlich die Diskrepanz zwischen Grundbuch und dinglicher Rechtslage verhindern, nicht aber eine endgültige materiell-rechtliche Lösung begründen⁹⁹⁾. Die rechtlichen Verhältnisse des Sachenrechts und des Schuldrechts dürften nicht miteinander vermengt werden¹⁰⁰⁾. Wegen des Abstraktionsprinzips dürfe nicht von der Zuerkennung einer dinglichen Position auf deren schuldrechtliche Rechtfertigung geschlossen werden¹⁰¹⁾. Ihren Gipfel findet diese Kritik in den Ausführungen Baumanns¹⁰²⁾: Der BGH und die h.M. sehe die dingliche Wirkung des § 879 gleichzeitig als Grund der Rechtsänderung an; es sei aber absurd, in dem Erfolg die causa des Erfolges zu sehen, die Rechtsfolge mittels ihrer eigenen Wirkung zu begründen. Im gleichen

96) Hinsichtlich des gutgläubigen Neuerwerbers stimmt die Interessenlage im übrigen mit der der h.M. überein: Die h.M. läßt den Rang des versehentlich gelöschten Rechts dem gutgläubigen späteren Rechtserwerber gegenüber nach § 892 verloren gehen. Damit ist auch § 812 ausgeschlossen, da der gutgläubige Erwerb den Rechtsgrund bildet.

97) Westermann § 81 II 7; JZ 1956, 656 f.

98) Junghans S. 110 ff.; s. auch v. Tuhr LZ 1918, 131.

99) Westermann a.a.O.; Esser § 100 III 1 c; Grunsky S. 106.

100) Wolf S. 273.

101) Lent NJW 1957, 178; Thürmann JuS 1976, 385.

102) JR 1957, 415 f.

Sinne hat schon Friedrich¹⁰³⁾ auf einen angeblich parallelen Fall hingewiesen. Mit der gleichen Argumentation, wie sie die h.M. vornehme, ließe sich nämlich auch folgendes sagen: Wenn ein Vertrag durch Anfechtung weggefallen ist, die Über-eignung der "geschuldeten" Sache jedoch bereits erfolgt war, müßten auch die Einigung und Übergabe zusammen einen Rechtsgrund darstellen, aufgrund dessen der Veräußerer nicht mehr in der Lage sei, den Gegenstand zu kondizieren.

Gewiß, den Kritikern ist zuzugestehen, daß die Formulierung des Bundesgerichtshofs¹⁰⁴⁾ unglücklich gewählt ist, wenn er im Anschluß an die Vorinstanz argumentiert, die Rechtsfolge sei zugleich der Rechtsgrund i.S.d. § 812. Am Sinngehalt dieser Argumentation, an der Sache selbst ändert sich dadurch indessen nichts. Den Ausführungen liegt doch der Gedanke zugrunde, daß das Gesetz selbst in § 879 eine Rechtsfolge angeordnet hat, daß der Erfolg seine Rechtfertigung gerade in dieser gesetzlichen Vorschrift findet. Daß das Gesetz selbst einen Rechtsgrund bilden kann, ist aber auch für andere Fälle anerkannt¹⁰⁵⁾. Daher läßt sich die Auffassung des BGH und der h.M. nicht mit der Argumentation ad absurdum führen, daß nach Vorstellung der h.M. "der Erfolg die causa des Erfolges" sei¹⁰⁶⁾. Einer sachenrechtlichen Vorschrift kann doch ohne weiteres eine Doppelfunktion zukommen: Nämlich zum einen die materielle dingliche Lage auszugestalten, und zum anderen darüber hinaus auch noch anzuordnen, daß diese Rechtsverschiebung eine endgültige kondiktionsfeste Vermögensverschiebung darstellt¹⁰⁷⁾. Daß diese Vorstellung dem Gesetz nicht fremd ist, resultiert

103) ZDNotV 1932, 759; zustimmend Grunsky S. 106. - Wenn Friedrich (a.a.O. 756 ff.) und Grunsky S. 104-106 im übrigen meinen, die in RGZ 112, 260 ff. entwickelten Grundsätze seien auch auf den falschen Rang anzuwenden, so ist dem mit v. Nordenflycht DNotZ 1934, 397 ff. und BGHZ 21, 98 (101 f.) entgegenzuhalten, daß es dort um eine Parzellenverwechslung, d.h. nicht um einen parallelen Fall ging.

104) BGHZ 21, 98 (100).

105) Vgl. v. Caemmerer S. 363 ff.; selbst die Kritiker zu § 879 müssen das zugeben, s. etwa Esser § 100 III 1 c. - So ordnen etwa §§ 932 ff. oder §§ 937 ff. den Rechtsübergang an und sehen ihn im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens zugleich als endgültig gewollt an.

106) So aber Baumann JR 1957, 415 f.; ähnlich Westermann JZ 1956, 656. Dagegen wendet sich sogar Thürmann JuS 1976, 385, obwohl selbst Anhängerin der Mindermeinung.

107) Vgl. Fußn. 105.

bereits aus § 951. Mit dieser Vorschrift wird nämlich ausdrücklich klargestellt, daß umgekehrt die sachenrechtlichen Regelungen der §§ 946 ff. keinen Rechtsgrund bilden. Auch das Abstraktionsprinzip wird doch nicht verletzt, und es werden nicht die Ebenen Schuld- und Sachenrecht vermengt, wenn einer gesetzlichen Vorschrift kraft besonderer Anordnung die dargelegte Doppelfunktion für Sachen- u n d Schuldrecht zukommt.

Die Kritiker machen es sich zu einfach, wenn sie nur die These in den Raum stellen, der Sinn und Zweck des § 879 gehe a u s s c h l i e ß l i c h dahin, die dingliche Rangordnung zu regeln. Sicherlich haben sie recht, daß § 879 (auch) die materiell-rechtlich dingliche Seite regelt. Damit ist aber doch noch nicht erwiesen, daß die Funktion des § 879 sich auf die dinglichen Aspekte b e s c h r ä n k t . Jedenfalls kann es nicht genügen, schlicht und einfach diese Behauptung aufzustellen. Eine überzeugende Begründung für die angebliche Beschränkung dieses Zwecks wird von den Kritikern aber nicht gegeben. Es kann nicht ausreichen, lediglich darauf zu verweisen, daß "in der Tat nicht einzusehen" sei¹⁰⁸⁾, wieso § 879 zugleich auch die Rechtsverschiebung rechtfertigen solle.

Wenn damit auch die Bedenken der Kritiker gegen das Verständnis von § 879 als Rechtsgrund sich als nicht stichhaltig erwiesen habe, so ist damit andererseits noch keine Begründung für die h.M. gegeben. Der Nachweis, daß der Zweck des § 879 sich in der Tat nicht in der Herstellung einer dinglichen Rangordnung erschöpft, muß im folgenden noch erbracht werden. Und allein die Intention des § 879 kann eine Antwort auf die Frage geben, ob in dieser Vorschrift ein Rechtsgrund zu sehen ist. Denn soweit die Vermögensverschiebung aufgrund einer vom Gesetz an die Handlung eines Dritten (hier: des Grundbuchbeamten) geknüpften Rechtsfolge eintritt, muß nach Sinn und Zweck der einzelnen Vorschrift beurteilt werden, ob nur eine formelle

108) So etwa Grunsky S. 106.

Rechtswirkung vorliegt, die im Verhältnis zum Benachteiligten des rechtfertigenden Grundes entbehrt, oder ob die Rechtsänderung vom Gesetz auch als materiell gerechtfertigt gewollt war¹⁰⁹⁾. Daß der mit § 879 beabsichtigte absolute Schutz des Rechtsverkehrs zumindest darauf hindeutet, daß zugleich auch § 812 ausgeschlossen sein soll, das wurde bereits in der Stellungnahme zu der Kritik aufgezeigt. Eine abschließende Antwort auf diese Frage erlaubt jedoch nur eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches:

Ob eine versehentliche Eintragung dem Inhaber des durch § 879 im Rang zurückgesetzten Rechtes einen Bereicherungsanspruch gibt, wurde schon während der Gesetzgebungsverhandlungen zu § 840 E I, dem Vorgänger des § 879, erörtert. Die Motive¹¹⁰⁾ stellten sich auf den Standpunkt, daß die Folgen eines vorschriftswidrigen Verfahrens bei der Eintragung nicht ausdrücklich gesetzlich bestimmt werden müßten. Derartige Fälle würden nicht häufig auftreten, und ihre Entscheidung werde keine besonderen Schwierigkeiten bereiten¹¹¹⁾. Gleichwohl wurde in den Beratungen der zweiten Kommission¹¹²⁾ diese Frage ausführlich erörtert. Dabei wurden verschiedene Bedenken gegen die frühere Rechtsprechung des preußischen Obertribunals¹¹³⁾, das den Bereicherungsanspruch bejaht hatte, angemeldet¹¹⁴⁾. Letztlich sah die Kommission aber doch von einer Entscheidung ab, ohne daß genaue Gründe dafür angegeben wurden.

Wenn die spezielle Entstehungsgeschichte des § 879 mithin eine Antwort versagt, muß ein Rückgriff auf das Bereicherungsrecht selbst, die Entstehungsgeschichte des § 812, er-

109) BGH LM Nr. 25 zu § 812; ähnlich bereits RG JW 1929, 2599. Dahingehend auch Esser § 100 III 1 c; s. auch die Nachweise bei Göppert Gruchot 72, 429 Fußn. 12.

110) Mot. III S. 226.

111) Die Entwicklung hat die Motive in diesem Punkt drastisch widerlegt. Bis heute ist die Frage des Ausgleichs nicht ausdiskutiert.

112) Prot. III S. 89 ff.

113) StriethArch. 37, 217; 62, 31; vgl. auch Koch II § 502 Fußn. 31.

114) Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des BGB s. auch zahlreiche Nachweise bei Dernburg § 45 Fußn. 6 und Oberneck I S. 353.

laubt sein. Dagegen wendet Grunsky¹¹⁵⁾ methodische Bedenken ein. Er meint, gerade die Tatsache, daß sich die Stimmen zu § 840 E I einer Entscheidung über die Frage des Bereicherungsausgleichs ausdrücklich enthalten hatten und in den Protokollen unabhängig vom Bereicherungsrecht darüber verhandelt wurde, verbiete es von vornherein, aus anderen Stellen der Materialien Rückschlüsse auf die Frage des Rechtsgrundes zu ziehen. Das überzeugt nicht. Bei dem Problem, ob § 879 einen Rechtsgrund i.S. des Bereicherungsrechts bilden kann, handelt es sich um eine Frage, die sowohl den § 879 als auch den § 812 unmittelbar berührt. Da enger Sachzusammenhang zu beiden Vorschriften besteht, muß auch eine Ableitung aus der Entstehungsgeschichte der ~~a l l g e m e i n e n~~ Vorschriften gestattet sein. Das muß um so mehr gelten, als die Frage, ob eine gesetzliche Vorschrift wie § 879 einen Rechtsgrund bilden kann, ein allgemeines Problem bildet, d.h. nicht auf den Einzelfall des § 879 beschränkt ist. Die Regelung eines allgemeinen Problems muß dann auch eher aus der Entstehungsgeschichte der allgemeinen Normierung, eben des Bereicherungsrechts, abzuleiten sein. Und schließlich ist in den Materialien zu § 879¹¹⁶⁾ vornehmlich auf das Problem "unmittelbar auf Kosten" eingegangen worden. Die Frage des ~~R e c h t s g r u n d e s~~ ist nur implizite mit behandelt worden. Damit ist der Weg frei für die Untersuchung einer allgemeinen Leitlinie des Bereicherungsrechts.

Mit einem simplen Umkehrschluß aus § 951 ist es freilich nicht getan. Manche Stimmen¹¹⁷⁾ haben demgegenüber bereits aus dem Fehlen einer Norm, die ausdrücklich die Kondiktion gibt, auf deren Ablehnung im Fall des § 879 geschlossen. Allein auf diesem Wege läßt sich jedoch kein Argument für die Lösung der h.M. finden¹¹⁸⁾. Denn bei einem einfachen Um-

115) Diss. S. 105 i.V.m. Fußn. 18; ähnlich Thürmann JuS 1976, 384.

116) Namentlich Prot. III S. 89 ff.

117) v. Nordenflycht DNotZ 1934, 388 f. Für den parallelen Fall des automatischen Aufrückens bei Erlöschen von Vorrechten ebenso RGZ 69, 246 f.

118) Insoweit zu Recht Junghans S. 108; Woldering S. 105; Röwer a.a.O.; Grunsky S. 105. Auch BGHZ 21, 98 (99).

kehrschluß ist ohnehin stets Vorsicht geboten. Und speziell für den Bereicherungsanspruch haben bereits die Motive¹¹⁹⁾ vor einem argumentum e contrario gewarnt. An anderer Stelle¹²⁰⁾ wird ausdrücklich herausgestellt, daß ein Schweigen des Gesetzes für sich allein genommen noch kein Beweis pro oder contra Rechtsgrund im Verhältnis Verlierer - Gewinner sein soll.

Die Vorschrift des § 879 muß als Rechtsgrund angesehen werden, sofern aus dem Bereicherungsrecht ein *a l l g e m e i - n e r R e c h t s g e d a n k e* zu entnehmen ist, wonach das Gesetz die Rechtslage grundsätzlich als endgültig gewollt und damit kondiktionsfest ansieht, wenn die Rechtsänderung unmittelbar auf einer gesetzlichen dinglichen Anordnung beruht. Das ist dann der Fall, wenn der Grundgedanke des § 748 II E I noch in der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches enthalten ist. Jene Bestimmung enthielt die Anordnung: "Als rechtlicher Grund ist es im Zweifel anzusehen, wenn ein Rechtsverlust auf einer diesen bestimmenden Vorschrift beruht". Dem lagen folgende Erwägungen zugrunde¹²¹⁾: Wenn eine Bereicherung unmittelbar auf Vorschriften der Rechtsordnung beruhe, könne keine Rede davon sein, in allen derartigen Fällen eine Kondiktion zuzulassen. Bedenklich wäre aber auch eine allgemeine Bestimmung des Inhaltes, daß eine solche Bereicherung als des rechtlichen Grundes entbehrend anzusehen sei, sofern nicht das Gesetz ein anderes bestimme, d.h. die *condictio sine causa* ausschließe. Dann läge wieder das Mißverständnis nahe, daß der früher vielfach vertretene Grundsatz wieder gebilligt würde, wonach jeder, der auf Kosten eines anderen ohne dessen Willen bereichert sei, die Bereicherung herauszugeben habe. Zwischen diesen beiden Extremen entscheidend, sei es prinzipiell richtiger, die kraft Gesetzes herbeigeführte Bereicherung *i m Z w e i f e l* als eine des rechtfertigenden Grundes nicht entbehrende anzusehen. Das Gesetz habe also zutreffendenfalls zu bestimmen, daß die

119) So implizite Mot. III S. 362.

120) Mot. II S. 85.

121) Mot. II S. 851 ff.

Bereicherung, obwohl sie auf einer Vorschrift des Gesetzes beruht, doch die *condictio sine causa* begründe.

Diese Vorschrift des § 748 II E I ist freilich nicht Gesetz geworden. Gerade deshalb neigen viele Autoren heute dazu, generell¹²²⁾ den Bereicherungsanspruch bei Vermögensverschiebungen kraft Gesetzes auch in all den Fällen zuzulassen, wo das Gesetz dies nicht durch eine dem § 951 entsprechende Vorschrift ausdrücklich klarstellt. Und auch speziell im Zusammenhang mit dem Rangerwerb wird häufig darauf abgestellt. Gerade aus der Tatsache, daß § 748 II E I nicht Gesetzeskraft erlangt habe, sei zu schließen, daß auch § 879 kein Rechtsgrund sein könne¹²³⁾.

Auf den ersten Blick scheint es auch naheliegend, aus der Nichtübernahme einer Bestimmung des Entwurfs in den endgültigen Gesetzestext zu folgern, daß der Gesetzgeber sich in den Beratungen für die Ablehnung eben dieser Vorschrift entschieden haben müsse. Gleichwohl zeigt eine genauere Untersuchung der Entstehungsgeschichte, daß der Grundgedanke des § 748 II E I noch heute im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten ist¹²⁴⁾. Es ist das Verdienst Hoche¹²⁵⁾, das in aller Schärfe nachgewiesen zu haben. Zutreffend verweist er auf die Begründung der 2. Kommission für die Streichung des § 748 II E I¹²⁶⁾: Diese Vorschrift sei "in ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Denn wenn sie auch für das Verhältnis zwischen dem Verlierenden und dem Erwerbenden zutreffe, so sei dies doch nicht der Fall für das Verhältnis zwischen dem Verlierenden und einem Dritten, dessen unberechtigte Verfügung vermöge der den guten Glauben schützenden Vorschriften einen dem Berechtigten gegenüber wirksamen Erwerb und deshalb den Rechtsverlust des bisherigen Berechtigten zur Folge gehabt habe". Zu Recht leitet Hoche daraus ab, daß die Vorschrift des § 748 II E I nach den Vorstellungen der 2. Kommission eben nur auf den

122) Vgl. etwa Enneccerus-Lehmann § 222 III; Ehmann NJW 1971, 613; vgl. auch Göppert Gruchot 72, 428 ff.

123) U.A. Röwer NJW 1957, 177; Junghans S. 109.

124) Demgegenüber will Junghans S. 109 gerade aus den Materialien entnehmen, daß auch kein dem § 748 II entsprechender allgemeiner Gedanke mehr im BGB enthalten sei. In der gleichen Richtung Woldering S. 102 ff.

125) JuS 1962, 64 f.

126) Prot. II S. 686.

Sonderfall des gutgläubigen Dritterwerbs nicht paßte. Nur "in dieser Allgemeinheit", d.h. auch auf den Fall des gutgläubigen Dritterwerbs bezogen, wurde die Regelung für falsch gehalten. Für das hier interessierende Verhältnis zwischen Verlierer und Gewinner wurde demgegenüber auch von der 2. Kommission an der Richtigkeit des Gedankens des § 748 II E I festgehalten.

Und auch sonst ergibt sich aus mehreren Einzelfällen über den Rechtserwerb, daß der Gesetzgeber nach formeller Streichung des § 748 II E I doch noch grundsätzlich auf dessen Standpunkt beharrte¹²⁷⁾¹²⁸⁾;

Unabhängig davon, welche Funktion dem § 951 im einzelnen beigemessen wird¹²⁹⁾, ist seine Entstehungsgeschichte für die Frage nach dem Rechtsgrund von Bedeutung. In der 2. Lesung wurde trotz der gleichzeitig vollzogenen formellen Aufhebung des § 748 II E I der Bereicherungsanspruch doch ausdrücklich beibehalten. Daraus ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, daß man damals doch noch von der Fortgeltung des in dieser Vorschrift enthaltenen allgemeinen Grundsatzes ausgegangen ist. Andernfalls wäre doch zu überlegen gewesen, ob denn überhaupt noch eine Statuierung des Bereicherungsanspruchs erforderlich gewesen wäre. Zumindest hätte dieser Gedanke bei der Erörterung der Beibehaltung des § 951 angeschnitten werden müssen. Daß das nicht geschehen ist, läßt jedenfalls erkennen, daß nun nicht etwa umgekehrt zu den Motiven das Prinzip gelten solle, daß eine kraft Gesetzes angeordnete Rechtsänderung im Zweifel dem Ausgleich über einen Bereicherungsanspruch unterliege.

Einen deutlichen Anhaltspunkt für die Fortgeltung des § 748 II E I liefert die Entstehungsgeschichte des § 964. Der Vorgänger des § 964 im Entwurf 1888, § 909, enthielt in Satz 3

127) Hoche a.a.O.

128) Thürmann JuS 1976, 384 läßt die Frage der Nachwirkung des Rechtsgedankens von § 748 II E I offen.

129) Vgl. dazu Berg AcP 160, 506; s. auch Hoche JuS 1962, 64.

die ausdrückliche Bestimmung, wonach ein Bereicherungsanspruch ausgeschlossen sein sollte, wenn ein Eigentümer eines Bienenstockes das Eigentum an einem eingedrungenen fremden Hungerschwarm erworben hatte. Jener Satz 3 wurde aber von eben der Redaktionskommission gestrichen, die auch den § 748 II E I seinem Wortlaut nach gestrichen hatte. Und zwar mit der bezeichnenden Begründung¹³⁰⁾, der Satz sei richtig, aber *s e l b s t v e r s t ä n d l i c h*, weil nicht jede, sondern nur eine des rechtlichen Grundes entbehrende und deswegen ungerechtfertigte Bereicherung einen Ersatzanspruch begründe. Eine vom Gesetz an einen bestimmten Tatbestand geknüpfte Eigentumsänderung bewirke aber, sofern nicht eine andere Absicht des Gesetzes erhelle, nicht eine des rechtlichen Grundes entbehrende, sondern eine vom Gesetz gebilligte Bereicherung. Satz 3 des I. Entwurfes sei deshalb überflüssig und darüber hinaus auch irreführend insofern, als er die mißverständliche Auffassung nahelege, als sei eine vom Gesetz an einen Tatbestand geknüpfte Bereicherung als eine des rechtlichen Grundes entbehrende anzusehen, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt werde; während doch umgekehrt die Herausgabe einer solchen Bereicherung nur dann gefordert werden könne, wenn dies im Gesetz bestimmt sei. Mit dieser Begründung für die Streichung des Satzes 3 von § 909 bringt die Redaktionskommission aber doch genau das zum Ausdruck, was Inhalt des § 748 II E I gewesen ist. Trotz der formellen Streichung des § 748 II E I hat die 2. Kommission demnach dessen materiellen Gehalt beibehalten.

In Einklang damit steht die Entstehungsgeschichte des § 977¹³¹⁾. Jene Vorschrift setzt den Finder, der durch Zeitablauf Eigentum erworben hat, innerhalb einer Ausschußfrist von drei Jahren noch dem Bereicherungsanspruch des ursprünglichen Eigentümers aus. Ausschlaggebend dafür war nach den Motiven¹³²⁾, daß "die Rechtsnorm, welche dem Finder das Ei-

130) Prot. IV S. 590 f.

131) A.A. freilich Röwer NJW 1957, 177.

132) Mot. III S. 386.

gentum zuspricht, nicht den Zweck verfolgt, das Vermögen des Erwerbers auf Kosten des Verlierenden zu vermehren". Mithin "entbehrt die Eigentumserwerbung des rechtlichen Grundes, wenn sie gleich auf einer Rechtsnorm beruht". Die ausdrückliche Erwähnung dieses Sachverhalts, der dann auch in der endgültigen Fassung des Gesetzes seinen Niederschlag gefunden hat, spricht dafür, daß der Gesetzgeber andererseits für die Fälle, in denen er eine gesetzliche Regelung überhaupt nicht für angebracht hielt, stets die allgemeine Regel des § 748 II E I zugrunde gelegt hat.

Und schließlich ist auch in einigen anderen parallelen Fällen immerhin ganz allgemein anerkannt, daß ohne nochmalige ausdrückliche Klarstellung eine Norm über die Rechtsänderung zugleich auch den Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechtes abgibt. So ist dem Benachteiligten bei Rechtsverlust durch Eintritt einer Ausschußfrist oder durch Verjährung zugleich auch der Ausgleich über den Bereicherungsanspruch genommen¹³³⁾. Das gleiche gilt für die Ersitzung¹³⁴⁾. Immerhin muß auch die Gegenmeinung damit zugestehen, daß die gesetzliche Anordnung eines Rechtsübergangs jedenfalls einen Rechtsgrund bilden k a n n .

Mithin ist jenen Autoren¹³⁵⁾ beizupflichten, die losgelöst von der speziellen Frage des § 879 ganz allgemein zu der Erkenntnis gekommen sind, daß die Regelung in § 748 II E I grundsätzlich richtig und auch in der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches ihrem materiellen Gehalt nach noch enthalten ist. Damit wird auch die Tradition des Römischen Rechtes konsequent fortgesetzt¹³⁶⁾.

133) S. etwa Esser § 100 III 1 c.

134) Esser a.a.O. Dabei spielt die Streitfrage keine Rolle, ob die Kondiktion wenigstens dann durchgreifen kann, wenn der Ersitzende seinerzeit den Besitz ohne Rechtsgrund erlangt hat.

135) U.a. Tobias AcP 94, 454; v. Mayr S. 380 ff.; v. Caemmerer S. 363 ff.; Soergel-Mühl § 812 Rdn. 162; weitere Nachweise bei Göppert Gruchot 72, 429 Fußn. 8 und bei v. Mayr a.a.O. Anderer Ansicht etwa Staudinger-Seufert § 812 Rdn. 52 b.

136) Vgl. v. Mayr a.a.O.; v. Caemmerer a.a.O.

Im Zweifel ist also in der gesetzlichen Anordnung des Rechtsübergangs zugleich auch dessen Rechtfertigung im Sinne des Bereicherungsrechtes zu sehen. Für § 879 fehlt es an Anhaltspunkten, daß das Gesetz in diesem Spezialfall von der allgemeinen "Zweifels-Regelung" abweichen wollte. Das resultiert zum einen daraus, daß die Materialien zu § 879, wie erwähnt, sich gerade ausdrücklich einer besonderen Stellungnahme zur Frage des Bereicherungsausgleichs bei falschem Rang enthielten. Und das ergibt sich zum anderen daraus, daß auch die Argumente der Kritiker widerlegt werden konnten und damit nicht in der Lage waren, den "Zweifel" in der Richtung auszuräumen, daß die Intention des Gesetzes bei § 879 erkennbar gerade dahin ginge, keinen Rechtsgrund zu bilden. Für den falschen Rang bleibt es also bei der allgemeinen Regel. Die Verneinung des Bereicherungsanspruchs liegt durchaus im Sinne des Gesetzes. D.h. in Übereinstimmung mit der h.M. ist § 879 als schuldrechtlicher Rechtsgrund für die dingliche Ranglage zu verstehen.

Abgesehen davon, daß für den § 879 der allgemeine Rechtsgedanke des § 748 II E I gilt, scheint das Gesetz selbst in § 879 II noch einen zusätzlichen Anhaltspunkt dafür abzugeben, daß § 879 auch zugleich einen Rechtsgrund liefern soll. Nach § 879 II kann folgende Situation eintreten: Der Eigentümer läßt zunächst ein Recht eintragen, über dessen Entstehung noch keine Einigung erfolgt ist. D.h. dieses Recht selbst ist noch nicht materiell wirksam entstanden - und damit auch noch nicht sein Rang, der nicht vor der materiellen Entstehung der Belastung selbst existieren kann (s.o.). Danach wird ein zweites Recht eingetragen, bei welchem sämtliche dinglichen Entstehungserfordernisse gegeben sind. Materiell-rechtlich existiert dieses Recht also v o r dem zunächst eingetragenen, welches erst später durch die nachfolgende Einigung zur Entstehung gelangt. Gemäß der Anordnung in § 879 II erhält es gleichwohl, seiner förmlichen Nacheintragung entsprechend, den Rang n a c h dem zuerst eingetragenen. In dieser Abweichung vom wahren Altersgrundsatz liegt doch eine ebensolche Unbilligkeit wie etwa beim Verstoß gegen §§ 17, 45 GBO, und es entsteht ebenso eine

materiell ungerechtfertigte Rangfolge. Dessen ungeachtet ist noch niemand auf den Gedanken verfallen, dem Nachberechtigten einen Ausgleich der für ihn unbilligen Rangordnung über § 812 zu gewähren. Der Grund dafür kann doch nur der sein, daß in der rein äußerlichen Eintragungsfolge des § 879 I ein **R e c h t s g r u n d** für diese Vermögensverschiebung zu sehen ist. Denn der zweite Gläubiger wird doch durch § 879 II vom ersten auf den zweiten Rang verdrängt. Darin ist eine Entreicherung auf seine Kosten zu sehen. Da die sonstigen Voraussetzungen der Kondiktion erfüllt sind, kann der - von niemandem auch nur in Erwägung gezogene - Bereicherungsanspruch letztlich nur daran scheitern, daß mit der gesetzlichen Anordnung zugleich ein Rechtsgrund vorliegt¹³⁷⁾.

Es bleibt also dabei: Im Ergebnis ist die h.M.¹³⁸⁾¹³⁹⁾ richtig.

137) Der Sonderfall, daß der Eigentümer sich mit dem zweiten Gläubiger über den Erhalt des zweiten Rangs besonders einigt - worin dann evtl. auch ein Rechtsgrund gesehen werden könnte - soll hier außer Betracht bleiben.

138) Haupt S. 29 f.; Loewenwarter § 879 Anm.; Fischer, in: Festschrift für Ernst Zitelmann, München und Leipzig 1913, S. 19 Fußn. 29; Siber (Schuldrecht) S. 440 f.; v. Nordenflycht DNotZ 1934, 399 ff.; Rosenthal-Bohnenberg § 879 Rdn. 3046; Dittmar S. 36; Lange (Boden) § 7 II 2 b; Lent SJZ 1950, 917; Wolff-Raiser § 41 Fußn. 13; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 8; Weimar MDR 1959, 819; Hoche JuS 1962, 61 ff.; RGRK-Pritsch § 879 Anm. 26; RGRK-Heimann-Trosien vor § 812 Rdn. 30; Soergel-Baur § 879 Rdn. 10; Soergel-Mühl § 812 Rdn. 176; Reeb JuS 1973, 95; Harms S. 247 f.; Palandt-Thomas Einf. 5 b vor § 812, § 812 Bem. 6 B c; Palandt-Bassenge / 879 Bem. 3 e. RGZ 57, 277 (283); RG JW 1904, 299 (300); BGHZ 21, 98 (99 f.); BGH NJW 1958, 1532 (1533).

Dahin tendierend auch Baur § 17 B I 2; vgl. auch Fikentscher § 99 IV 2 r. Vgl. auch RGZ 53, 285 f.; 61, 42 ff.; 73, 175 f.; Raiser S. 20 Fußn. 51; Schumacher S. 30; v. Caemmerer S. 363 ff.

- Möglicherweise auch jene Stimmen, die im Fall des Verstoßes gegen §§ 17, 45 GBO einen Bereicherungsausgleich verneinen, ohne aber die Tatbestandsvoraussetzung anzugeben, an der sie die Kondiktion scheitern lassen wollen: Rosenberg S. 256; Wolf-Neukirch § 879 Anm. 1; Maenner S. 63 Fußn. 10; Neumann § 879 Anm. 2; Kühlenbeck § 879 Anm. 4; Krawielicki S. 59 f.; Warneyer-Buchwald § 879 Anm. II; Güthe-Triebeil § 13 Anm. 13; Planck-Strecker § 879 Bem. 5; Richter S. 5 f.; Warneyer-Bohnenberg § 879 Anm.; Lehle S. 39; Wiefels S. 109; Lent-Schwab § 14 II; Lange (Sachenrecht) § 22 II 2 b; Meikel-Imhof-Riedel III § 45 Bem. 158; Haegeler Rdn. 95; Kehrler-Bühler-Tröster § 3 A II 2 (S.8); Löscher S. 233; OLG Dresden OLGRspr. 6, 261 (263); OLG Karlsruhe OLGRspr. 27, 218 (221).

§ 879 ist als schuldrechtlicher Rechtsgrund für die dingliche Ranglage zu verstehen.

Damit kann auch die durch fehlerhafte Löschung eines Vorrechtes entstandene Rangordnung nie über einen Bereicherungsanspruch korrigiert werden¹⁴⁰⁾. Der Inhaber des versehentlich gelöschten Rechtes, der kraft § 879 seinen Vorrang verloren hat, hat keinen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den früheren Rang gegen diejenigen, die durch die zu Unrecht erfolgte Löschung im Rang begünstigt worden sind.

Auch ein Ausgleich über § 816 I scheidet aus. Für das Recht B im Ausgangsfall¹⁴¹⁾ fehlt es bereits an einer "rechtsgeschäftlichen Verfügung", da es automatisch durch den Fehler des Grundbuchbeamten, den reinen Lösungsakt, aufrückt. Für das Recht C fehlt es an der "Unmittelbarkeit" der Vermögensverschiebung, da zur reinen Löschung, die den Rang schon freimacht, noch die Neueintragung als zweiter Akt hinzukommen muß. Da sonst niemand - insbesondere nicht der "verfügende" Grundbuchbeamte - durch den Rangverlust des A einen Vorteil hat, kommt allenfalls § 816 I 2 in Betracht. Es erscheint von

- Demgegenüber finden sich auch zahlreiche Stimmen, namentlich in der Literatur, die sich nicht eindeutig contra oder pro Bereicherungsanspruch entscheiden und teilweise unklar differenzieren, s. etwa Dernburg § 45 Bem. 3; Eck S. 66; Oberneck I S. 353; Crome § 368 Fußn. 32; Fuchs I § 879 Bem. 4; Heilfron-Pick S. 183 f. Fußn. 6; Landsberg S. 744; Jaeckel-Güthe § 11 Rdn. 2; Nikisch S. 58; KGJ 39, A 251.

139) Die Stimmen in Fußn. 138) befassen sich stets mit der Frage des Rechtsgrundes für den Fall des Verstoßes gegen §§ 17, 45 GBO und der dadurch entstandenen falschen Ranglage. Für den vergleichbaren Fall des Aufrückens bei Er löschen (nicht also bei versehentlichem Löschen, wie im Text behandelt) vorgehender Rechte wird die Funktion des § 879 als Rechtsgrund auch betont von: RGZ 69, 245 (246 f.); 88, 278 (287); RG ZBlFG 14, 348 (350).

140) Vgl. auch BGHZ 21, 30 (34 m.w.N.): Dort wurde in einem ähnlichen Fall materieller Rangverlust durch Nichtanmeldung in der Zwangsversteigerung ebenfalls als endgültig gewollt angesehen und ein Bereicherungsanspruch wegen Vorhandenseins eines Rechtsgrundes ausgeschlossen.

141) Vgl. den Ausgangsfall S. 210f. und die hier entwickelte Lösung S. 240-242.

vornherein bedenklich, über § 816 I 2 das für § 812 begründete Ergebnis, daß B und C ihre Rangbegünstigung behalten dürfen, doch wieder in Zweifel zu ziehen. Vor allem aber ist nach der hier vertretenen Ansicht das Grundbuch hinsichtlich der Rangfolge ja richtig, so daß die Rechte B und C ihren günstigeren Rang gerade nicht als "Nichtberechtigte" i.S.d. § 816 erlangen.

Gegen die zu Unrecht im Rang Begünstigten¹⁴¹⁾ besteht auch kein Schadensersatzanspruch aus § 823 I. Auf die Frage des Verschuldens, der "Bösgläubigkeit" der Ranggewinner kann es dabei nicht mehr ankommen. Denn der Rang ist allein durch die Löschung bereits untergegangen, so daß die Rangbegünstigten schon kein "absolutes Recht" mehr verletzen. Durch die versehentliche Löschung mag dem Grundbuchbeamten zwar ein Verfahrensfehler unterlaufen sein; das kann den Ranggewinnern jedoch nicht als deren Verstoß gegen ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 II zugerechnet werden. Nur im Ausnahmefall kann der Rangverlierer einen Schadensersatzanspruch aus § 826 haben, wenn nämlich nach der ungerechtfertigten Löschung ein bösgläubiger Dritter in Kenntnis und bewußter Ausnutzung dieser Sachlage eine weitere Belastung gerade deshalb eintragen läßt, um dem Recht A für dessen Wiedereintragung auch diesen "bereiten" Rang zu nehmen und es noch weiter zurückzudrängen.

In aller Regel wird derjenige, der durch die versehentliche Löschung kraft der formalen Rechtskraftwirkung des § 879 seinen Rang verloren hat, sich aber gegenüber dem Staat schadlos halten können, und zwar im Wege eines Schadenersatzan-

141) Vgl. den Ausgangsfall S. 210f. und die hier entwickelte Lösung S. 240-242.

spruchs aus Amtshaftung (§ 839 i.V.m. Art. 34 GG)¹⁴²⁾:

Der Grundbuchführer ist stets "Beamter" i.S. des Staatshaftungsrechts; der Begriff des Grundbuchbeamten, wie er in der GBO und der GBOAVO vorkommt, ist insoweit ohne Bedeutung¹⁴³⁾. Der Grundbuchbeamte verletzt seine Amtspflicht, wenn er eine Belastung zu Unrecht löscht, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen haben. Die Amtspflicht zur Beachtung der Verfahrensvorschriften über die Löschung obliegt dem Grundbuchführer auch und gerade dem Rechtsinhaber gegenüber, in dessen Rechtskreis durch die versehentliche Löschung sogar unmittelbar eingegriffen wird, wenn er automatisch seinen Vorrang verliert. Grundsätzlich wird der Grundbuchbeamte bei der versehentlichen Löschung auch fahrlässig handeln¹⁴⁴⁾; zumindest spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, und dem Staat wird es nur schwerlich gelingen, diese Beweiserleichterung für den Rangbenachteiligten zu entkräften. Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht für den Rangverlierer nicht; der Bereichungsausgleich gegen die Rangbegünstigten ist ausgeschlossen. Der Rangbenachteiligte ist auch nicht in der Lage, den Rangverlust durch den Gebrauch eines sonstigen Rechtsmittels zu korrigieren; ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung besteht nicht, da das Grundbuch wegen der formalen Rechtskraftwirkung der Löschung des Rechtes richtig ist, was die damit entstandene Rangordnung angeht; und auch ein Widerspruch (§ 899) bzw. die Anregung eines Amtswiderspruchs (§ 53 GBO) gegen die versehentliche Löschung kann gegen die damit entstandene Rangordnung nicht helfen, eben weil diese im Grundbuch richtig wiedergegeben wird¹⁴⁵⁾.

142) Im Hinblick auf die vergleichbare Ranglage bei Verstoß gegen §§ 17, 45 GBO wird meist geradezu als selbstverständlich davon ausgegangen, daß dafür eine Entschädigung über die Staatshaftung zu erfolgen habe, s. etwa OLG Colmar ZBlFG 16, 642; RGZ 60, 392 (394); RGZ 57, 277 (279); BGHZ 21, 98 (101); Baumann JR 1957, 415; Rosenberg S. 255 f. .w.N.; Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 9.

143) Meikel-Imhof-Riedel I § 11 Bem. 23.

144) Auch die Gerichte legen bei einem Verstoß gegen GBO-Vorschriften stets wie selbstverständlich Fahrlässigkeit zugrunde; s. etwa OLG Jena ZBlFG 11, Nr. 751; RGZ 60, 392 (394); RGZ 57, 277 (279); BGH NJW 1958, 1532.

145) Oben S. 256.

Problematisch ist die Frage des Schadens dem Grunde und der Höhe nach. Niemand wird bestreiten können, daß der genaue Vermögensverlust spätestens dann feststeht, wenn das benachteiligte Recht in der Zwangsversteigerung durch die Rangverdrängung ganz oder teilweise ausgefallen ist. Darüber hinaus fragt sich jedoch, ob nicht bereits im Moment des Rangverlustes dem Rechtsinhaber ein konkreter Vermögensschaden entstanden ist:

Mitunter wird kategorisch die Ansicht vertreten, daß der Schaden nicht sofort mit dem Rangverlust, sondern erst mit dem späteren Ausfall in der Zwangsversteigerung entstehe¹⁴⁶⁾. Der Rang sei bestimmend für die Reihenfolge der Befriedigung der Hypothekengläubiger aus dem Grundstück (§ 1147). Würden alle Gläubiger befriedigt, so sei es für den Darlehensgläubiger gleichgültig, welchen Rang seine Hypothek gehabt habe. Über den Vermögenswert des Ranges einer Hypothek entscheide mithin ausschließlich deren Hebung bei der Verwertung des Grundstücks. Das Kriterium für den guten oder schlechten Rang sei die Zwangsversteigerung, da hier die Hypothekenforderungen zu ihrer endgültigen Auswirkung kämen. Dem entspreche es, daß die "normale Betrachtungsweise" dahin gehe, den Erwerb einer Hypothek lediglich unter dem Gesichtspunkt einer späteren Zwangsversteigerung des Pfandobjektes zu bewerten.

Der Fehler jener Auffassung liegt gerade darin, daß dort der Erwerb einer Hypothek ausschließlich im Lichte einer späteren Zwangsverwertung des Grundstücks betrachtet wird und nicht unter dem des normalen Hypothekenverkehrs¹⁴⁷⁾. Wer sein Geld auf eine Hypothek ausleiht, möchte im allgemeinen eine gute und sichere Anlage erzielen und nach Möglichkeit die Zwangsvollstreckung gerade vermeiden. Schon deshalb kann es für den Wert einer Hypothek jedenfalls nicht ausschließlich auf deren Grad von Befriedigung in der Zwangsvollstreckung ankommen.

146) Plaßmann JW 1934, 1564 f., 2529; s. auch Veith JW 1934, 1904 f.

147) Bosch JW 1934, 2529.

Und schließlich sind nicht nur Grundpfandrechte Rangträger. Auch die übrigen Grundstücksrechte (etwa Grunddienstbarkeiten) sind mit Rängen ausgestattet, und bei ihnen steht die Ausübung v o r der Zwangsversteigerung eindeutig im Vordergrund. Womit dann auch der Rang vor der Zwangsvollstreckung von Bedeutung ist und sich vor ihr vermögensrechtlich auswirkt. Überhaupt wurde oben bereits nachgewiesen, daß der Rang sich generell schon vor der Zwangsvollstreckung in materiell-rechtlichen Wirkungen äußert. Damit muß dem Rang zugleich auch v e r m ö g e n s rechtliche Bedeutung zukommen¹⁴⁸⁾.

Vor allem aber darf nicht übersehen werden, daß eine erst-rangige Hypothek ihrerseits Verwertungsmöglichkeiten durch Verkauf oder Beleihung bietet. Während sich bei einem nach-rangigen Grundpfandrecht im Rechtsleben kaum jemand bereit finden wird, eine solche Belastung anzukaufen oder als Sicherheit zu akzeptieren. Jedenfalls nimmt die rechtsgeschäftliche Verwertbarkeit einer Hypothek für deren Inhaber um so mehr ab, je schlechter deren Rang ist.

Im Rechtssinne ist nach der Differenzhypothese ein Schaden dann gegenwärtig eingetreten, wenn der jetzige tatsächliche Wert des Vermögens des Geschädigten geringer ist als der Wert, den das Vermögen ohne das die Ersatzpflicht begründende Ereignis jetzt haben würde¹⁴⁹⁾. Demgemäß wird bei einer Hypothek schon eine Rangverschlechterung für sich genommen einen Schaden des Rechtsinhabers darstellen, da in aller Regel eben der Verkehrswert des Grundpfandrechtes beeinträchtigt sein wird. Damit einhergehen wird stets eine Vermögens-einbuße insofern, als durch den Rangverlust bereits gegenwärtig abzusehen ist, daß die Befriedigung des Gläubigers

148) Das steht nicht im Widerspruch zur Argumentation S. 247 ff. Dort wurde nur aufgezeigt, wie schwer sich die h.M. tut, den Erlös auf Basis der relativen Rangfolge zu verteilen. Das bedeutet nicht, daß mit dem Rangverlust durch die fehlerhafte Löschung im Sinne des Schadensersatzrechts nicht genau feststellbar ist, wie der Schaden zu berechnen ist. Dazu sogleich im Text.

149) Trotz der Fortentwicklung des Schadensbegriffs in Richtung auf eine "normative Betrachtungsweise" ist auch heute noch diese Differenzhypothese der Ausgangspunkt bei Feststellung eines Vermögensschadens, s. etwa Palandt-Heinrichs § 249 Vorbem. 2 b.

aus dem belasteten Grundstück g e f ä h r d e t ist. Zur Annahme eines gegenwärtigen Schadens genügt insoweit bereits, daß infolge der Rangverschlechterung die vordem nur ganz entfernte Möglichkeit eines Ausfalls in der Zwangsvollstreckung näher gerückt und damit die Befriedigung des Gläubigers gefährdet ist¹⁵⁰⁾. N i c h t erforderlich ist hingegen, daß bereits die U n m ö g l i c h k e i t einer Verwertung der Hypothek nach dem Rangverlust endgültig feststeht¹⁵¹⁾.

Für den Rangverlierer wäre es im übrigen auch unzumutbar, sich mit der Benachteiligung im Rang zunächst entschädigungslos abfinden und abwarten zu müssen, ob ein günstig verlaufendes Zwangsversteigerungsverfahren oder ein vorteilhafter Verkauf ihn einen Ausgleich finden läßt. Der Schadensersatzanspruch kann nicht davon abhängig sein, daß der Gläubiger zuvor in der ungünstiger gewordenen Rangposition die Mißlichkeiten eines Zwangsversteigerungsverfahrens auf sich nimmt oder sich um den Verkauf der Hypothek bemüht, nachdem die Aussicht hierfür durch die Schuld des Grundbuchführers verringert worden ist. Der Amtshaftungsanspruch gewährt ein Recht auf alsbaldigen Ersatz; auf künftige, möglicherweise zu einem Ausgleich führende Ereignisse braucht der Rangverlierer sich nicht verweisen zu lassen¹⁵²⁾.

So ist denn in ständiger Rechtsprechung¹⁵³⁾ anerkannt, daß allein die Rangverschlechterung in aller Regel bereits einen gegenwärtigen Schaden bildet¹⁵⁴⁾. Das darf freilich nicht da-

150) RG JW 1937, 1917 ff.

151) RG JW 1937, 1917 (1919).

152) RG a.a.O. (m.w.N.).

153) RG SeuffArch. 87 Nr. 175; RG HRR 1934 Nr. 1479; RG WarnRspr. 1936 Nr. 91; RG JW 1934, 1564 (1565); RG JW 1937, 1917 ff.; RG WarnRspr. 1934 Nr. 57; RGZ 144, 80 ff.; 138, 114 (117). Auch BGH VersR 1968, 96 (97) geht als selbstverständlich davon aus. Ebenso Bosch JW 1934, 2529; Palandt-Thomas § 839 Bem. 106.

154) Die Rechtsprechung geht sogar so weit, daß sie einen Schaden selbst dann annimmt, wenn das Grundpfandrecht auch bei Eintragung mit richtigem Rang völlig wertlos bzw. in der Zwangsversteigerung bei besserem Rang ebenfalls ausgefallen wäre: RGZ 144, 80 ff.; RG JW 1934, 1564 ff. Ebenso Niederländer JZ 1959, 618. A.A. Kurtze JR 1956, 202 f.; RGRK-Kreft § 839 Anm. 50; Soergel-Glaser § 839 Rdn. 200.

rüber hinwegtäuschen, daß bei der Verwirklichung des Schadensersatzanspruchs Schwierigkeiten entstehen können. Der einfachste Weg, den Rangverlust wieder auszugleichen, ist nämlich versperrt. Es ist nicht möglich, dem Rangverlierer einen Anspruch auf Wiedereintragung des zu Unrecht gelöschten Rechtes an seiner früheren Rangposition zu gewähren. Die Naturalrestitution nach § 249 ist ausgeschlossen. § 839 gewährt unter inhaltlicher Einschränkung des Grundsatzes der Naturalrestitution nach ständiger Rechtsprechung wegen der Besonderheiten des Staatshaftungsrechts ohnehin nur einen Anspruch auf Ersatz in Geld¹⁵⁵⁾. Zum anderen sind durch die fehlerhafte Löschung bereits andere Rechte aufgerückt, und es sind inzwischen weitere Rechte "an bereitester Stelle" neu eingetragen worden. Damit ist die Wiedereintragung des gelöschten Rechtes mit früherem Rang ausgeschlossen, da dadurch die Rangordnung nach § 879 wieder umgestoßen und in die Rechte der inzwischen vorrangig eingetragenen Rechtsinhaber eingegriffen würde.

Mithin bleibt nur der Ausgleich in Form von Geldersatz, womit sich die Frage stellt, wie der Schadensumfang vor dem Ausfall in der Zwangsversteigerung genau zu beziffern ist¹⁵⁶⁾. Entscheidend dafür muß die Werteinbuße sein, die das Recht durch den Verlust seines Vorrangs erlitten hat. D.h. zu ersetzen ist die Differenz zwischen dem Verkehrswert der Hypothek an der ursprünglichen Stelle und an der Stelle, die durch die fehlerhafte Löschung herbeigeführt worden ist. Maßstab für den Verkehrswert ist jeweils der Verwertbarkeitsgrad der Hypothek (Verwertbarkeit als Verkaufsobjekt, als Beleihungsgegenstand) und der Grad der Aussicht auf Befriedigung bei einer gedachten gegenwärtigen Zwangsvollstreckung. Diese abstrakten Kriterien sind vom erkennenden Gericht auf den jeweiligen konkreten Einzelfall umzusetzen. Wobei die Aufgabe des Richters dadurch erleichtert wird, daß die Zivil-

155) S. nur Soergel-Glaser § 839 Rdn. 217.

156) Auf die dabei auftauchenden Schwierigkeiten verweisen auch Staudinger-Seufert § 879 Rdn. 9; Hoche JuS 1962, 62; Kurtze JR 1956, 202.

prozeßordnung ihm ein sachgerechtes Mittel zur Wertbestimmung an die Hand gibt: Die Feststellung der Schadenshöhe wird über die Schranken des § 286 ZPO hinaus durch Ausdehnung des richterlichen Ermessens erweitert, indem nach § 287 ZPO der Wert frei geschätzt werden kann. Damit ist es auch dem Rangbenachteiligten möglich, in angemessener Weise auch v o r der Zwangsvollstreckung seinen Schadensersatzanspruch zu konkretisieren¹⁵⁷⁾.

Wer durch fehlerhafte Löschung infolge der formalen Rechtskraft des §879 seinen Rang verloren hat, kann also auch nicht über die ungerechtfertigte Bereicherung, so doch über den Staatshaftungsanspruch (§ 839 i.V.m. Art. 34 GG) einen Wertersatz für die durch den Fehler des Grundbuchführers entstandene Rangordnung erhalten¹⁵⁸⁾. Damit schließt sich der Kreis: Die durch die ungerechtfertigte Löschung berührten Interessen des Rangverlierers werden nicht gänzlich außer acht gelassen. Wenn er schon automatisch (und durch § 812 unkorrigierbar) allein durch einen formalen Akt seinen Vorrang verliert, so erhält er doch immerhin einen gewissen

-
- 157) Staudinger-Seufert a.a.O. schlagen demgegenüber eine unbezifferte Feststellungsklage vor. Über § 287 ZPO läßt sich jedoch der Schaden auch vor dem konkreten Ausfall in der Zwangsversteigerung hinreichend sicher bestimmen. Allenfalls ist zum Schutze des Benachteiligten vor einer späteren, noch ungünstiger verlaufenden Zwangsvollstreckung, als es bei Entscheid der Leistungsklage zu erwarten war, daran zu denken, die Leistungsklage mit einer Feststellungsklage zu kombinieren. Wobei deren Tenor dahin gehen müßte, daß der Staat verpflichtet ist, dem Rangbenachteiligten allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm aus seinem Rangverlust noch entstehen wird.
- 158) Vom Standpunkt der h.M. aus (bei fehlerhafter Löschung relativer Rangverlust über § 892) hatte RGZ 138, 114 ff. den Ausgleich der dadurch entstandenen Ranglage zu behandeln. Das RG hielt sämtliche übrigen Voraussetzungen für gegeben, ließ den Staatshaftungsanspruch aber an § 839 III scheitern, da der Rangverlierer es unterlassen habe, Widerspruch und Berichtigungsanspruch geltend zu machen. Nach der hier entwickelten Theorie sind diese beiden Rechtsmittel von vornherein ausgeschlossen. Insoweit werden, da der Staatshaftungsanspruch i.d.R. durchgreift, die Belange des Rangverlierers sogar stärker gewahrt als von der h.M.

Ausgleich dafür durch den Staatshaftungsanspruch. Dagegen läßt sich nicht geltend machen, der Ausgleich über § 839 i.V.m. Art. 34 GG sei völlig unzureichend¹⁵⁹⁾. Denn zum einen kann der Rangbenachteiligte seinen Schadensersatzanspruch, wie erwähnt, sofort durchsetzen. Und zum anderen erhält er im Staat einen Schuldner, der stets liquide ist und gegen den der Schadensersatzanspruch stets realisierbar ist. Das hebt den Nachteil nahezu auf, der darin besteht, daß es keine Möglichkeit gibt, den ursprünglichen Rang selbst wieder zu erlangen¹⁶⁰⁾.

- D. Ergebnis: Der formelle äußere Bestand des Grundbuchs ist für die Rangordnung bei Rechten ohne besonderen Rangvermerk schlechthin maßgebend.

Aus den dargelegten Auswirkungen der versehentlichen Löschung eines Rechts ist die formale Funktion des Rangs abzuleiten. Als Ergebnis der Untersuchung ist festzustellen: Über die h.M. hinaus ist nicht nur der **N e u e i n t r a g u n g** eines Grundstücksrechtes, sofern diese ohne besonderen Rangvermerk erfolgt, hinsichtlich des Rangs formale Rechtskraftwirkung beizumessen, sondern gleichermaßen auch der **L ö s c h u n g**. § 879 I, II hat das materielle Prioritätsprinzip bei den Grundstücksbelastungen kategorisch durch den **f o r m e l - l e n** Vorrangsgrundsatz ersetzt. Das bedeutet, hinsichtlich des Rangs der Rechte ist das Grundbuch stets richtig, gleichgültig ob es um die Rangordnung nach Neueintragung einer Belastung oder nach deren Löschung geht. Der äußere Bestand des Grundbuchs ist für den Rang der Rechte schlechterdings maßgeblich. Übersichtlichkeit und Klarheit des Grundbuchs sind

159) Zum vergleichbaren Fall des Verstoßes gegen §§ 17, 45 GBO dahingehend aber Woldering S. 68 f.; Baumann JR 1957, 415 f.

160) Zur vergleichbaren Ranglage bei Verstoß gegen §§ 17, 45 GBO tauchte schon in der 2. Kommission (Prot. III S. 89) der Gedanke auf, bei einem Versehen des Grundbuchbeamten genüge schon der Regreß gegen den Staat, um den im Rang Benachteiligten schadlos zu halten.

strikt gewahrt; hinsichtlich des Rangs ist die Eintragung stets richtig. Das Buch verkörpert insoweit die Wahrheit. Der "formelle" Rang nach der äußerlichen Eintragsfolge bestimmt den "materiellen"; der formelle Rang ist stets identisch mit dem materiellen. Es gibt keinen Rang eintragsbedürftiger Rechte ohne Eintragung, außerhalb des Grundbuchs. Für die Löschung eines Rechtes hat das die Folge, daß hinsichtlich des Rangs Löschung gleichbedeutend mit E r löschen ist.

Die besondere Bedeutung der grundbuchmäßigen objektiv-äußerlichen Eintragsordnung der Rechte für den Rang zeigt die Funktion des Rangs als Ausfluß des strikten Bestimmtheitsgrundsatzes. Der Rang als Gegenstand des Rechtsverkehrs muß im Interesse der Rechtssicherheit klar und unzweideutig feststehen, um jeden Zweifel auszuschließen. Die formelle Funktion des Rangs besteht darin, daß er nur so materiell existieren kann, wie der äußere Bestand des Grundbuchs die Reihenfolge der Rechte wiedergibt. Allein die Eintragung bestimmt den Rang.

Lebenslauf

Am 3.1.1948 wurde ich in Kassel geboren als Sohn des Postbeamten August Dettmar und dessen Ehefrau Helga, geb. Schnierle.

Im Anschluß an eine vierjährige Volksschulzeit wechselte ich Ostern 1958 auf die Albert-Schweitzer-Schule in Kassel und bestand dort am 1.11.1966 die Reifeprüfung.

In Marburg studierte ich vom Wintersemester 1966/67 bis zum Wintersemester 1970/71 Rechtswissenschaften. Am 24.11.1971 legte ich das erste juristische Staatsexamen ab.

Neben der Arbeit an der Dissertation studierte ich vom Sommersemester 1972 bis zum Sommersemester 1973 Volks- und Betriebswirtschaft an der Philipps-Universität in Marburg.

Im Dezember 1973 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen ein. Die zweite juristische Staatsprüfung bestand ich am 31.8.1976. Am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität war ich von Oktober 1973 bis März 1977 in einer Nebenbeschäftigung als wissenschaftliche Hilfskraft angestellt.

Seit dem 1. März 1977 bin ich Richter auf Probe am Amtsgericht in Kassel.

Seit Oktober 1973 bin ich mit Karin Dettmar-Bernhardt, geb. Bernhardt, verheiratet.

